Die Kaufmannseigenschaft der Gemeinden und Gemeindeunternehmungen

unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Anstalt und des öffentlichen Gewerbeunternehmens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Horst Hermstädt
Gerichtsreferendar aus Berlin

Approbation: 23. Juni 1938.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1938

1938/186

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler
Referent: Prof. Dr. jur. Hans Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

B. Allgemeiner Teil

I. Die Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht 3

1. Praktische Bedeutung der Unterscheidung . . . 3

2. Kriterien der Unterscheidung 6

3. Das Wesen des Rechtsbegriffes als Grund für das Versagen einer dogmatischen Unterscheidung . . . 10

4. Rechtsvermutung für das öffentliche Recht . . . 14

II. Oeffentliche Wirtschaftsbetriebe 15

1. Die Organisationsformen der deutschen Verwaltungsbetriebe 15

2. Privatrechtsbetriebe 17

3. Privatrechtliche Regelung des Außenverhältnisses . . 19

4. Oeffentliche Anstalt und öffentliches Gewerbeunternehmen 22

a) Entstehung des Anstaltsbegriffs 22

b) Zurückweisung von Angriffen 26

aa) Stadelmayer 27

bb) Maunz 29

c) Begriffsmerkmale 31

aa) Das Außenverhältnis 32

bb) Die öffentliche Widmung 33

cc) Die öffentliche Aufsicht 34

dd) Zulassungszwang 35

ee) Unternehmenszwang 37

ff) Notwendige Beteiligung einer öffentl. Körperschaft 38

gg) Anstaltspolizei 39

hh) Benutzungszwang 40

ii) Anschlußzwang 43

kk) Monopol, Regal, Enteignungsrecht . . . 46

ll) Der Unternehmenszweck 48

d) Rechtsvermutung für öffentliche Anstalt . . . 51

III. Die Kaufmannseigenschaft öffentlicher Körperschaften und Unternehmungen 53

1. Allgemeines 53

2. Merkmale der Kaufmannseigenschaft 53

Seite

a) Gewerbeunternehmen 54
aa) Unternehmen 54
bb) Verkehrsmäßiger Betrieb 54
cc) Gewinnabsicht 55
b) Handelsgewerbe 58

C. Besonderer Teil

Gemeinden und Gemeindeunternehmungen 60
1. Entwicklung der deutschen Gemeindewirtschaft in den letzten Jahren 60
2. Staatliche Eingriffe 61
3. Gemeindewirtschaftsunternehmen 63
4. Kaufmannseigenschaften der Gemeinden . . . 64
5. Kaufmannseigenschaft selbständiger Gemeindeunternehmungen 67
a) Anstalten (Sparkassen) 67
b) Gewerbeunternehmen (Handelsgesellschaften) . . 68
c) Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen . . . 69

Schrifttum.

Bertram. Ernst Aug.: Die Kaufmannseigenschaft der jur. Personen d. öff. Rechts (§ 36 HGB.) Diss. Göttingen, 1930.

Bühler, Werner: Begriff und Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut. Diss. Zürich 1928.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch 3. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1930.

Ehrenberg: Handbuch des ges. Handelsrechts, Leipzig 1913.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.

Friedrichs: in DJZ. 1930, S. 489/90.

Friesenhahn, Ernst: Die Selbstverwaltung öff. Genossenschaften in Frank: D.Verw.R. München 1937, S. 262 ff.

Geyer: Der Anschlußzwang bei städtischen Betrieben in Gesellschaftsform. DJZ. 1931 S. 1511 ff.

Gierke, Jul. von: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.

Hatschek, Jul.: Lehrbuch d. deutschen u. preußischen Verw.Rechts 7/8. Aufl. Leipzig 1931.

Hedemann: Kritik Siglochs, JW. 1930, II S. 2290.

Helmreich-Rock: Die deutsche Gemeindeordnung, Ansbach 1935, Handausg. mit Erläuterungen.

Hoffmann, Willy: Untersuchungen zum Recht der öffentl. Anstalten. Diss. Erlangen, 1934.

Hook, Karl: Der Rechtscharakter der komm. Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke und die Rechtsstellung der Werke gegenüber ihren Abnehmern. Diss. Heidelberg, 1931.

Huber, Ernst Rudolf: Neue Grundbegriffe des hoheitl. Rechts in Grundfr. der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, Heft 4.

Jellinek. Walter: Verw.Recht, 3. Auflage, Berlin 1931.

Jerusalem, Franz: Das Recht d. öff. Anstalt in Frank D.Verw.Recht, 1937, S. 282 f.

Kammergericht in Reichsverw.Blatt, 1930, 409 (1).

Kempermann, Karl Ludwig: Der Inhaltswandel der öff. Körperschaft. Diss. Bonn, 1936.

Kerrl-Weidemann: Die deutsche Gemeindeordnung, 2. Auflage Berlin 1937.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1929.

Koellreutter, Otto: Deutsches Verw.Recht, 2. Aufl., Berlin 1935.

Köhler, Ludw. von: Grundlehren des deutschen Verw.Rechts Stuttgart-Berlin 1935.

Kormann, Karl: Erhebung öff. Abgaben für die Kostendeckung gewerblicher Unternehmungen von Gemeinden und Kommunalverbänden. Preuß. Verw.Bl. 1934/393.

Köttgen, Arnold: Deutsche Verwaltung, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1936.

— Die Entwicklung des öff. Rechts in Preußen vom 1. Mai 1930 bis zum 1. Nov. 1934. In Jb. d. öff. Rechts 1935, S. 273 ff.

— Wirtschaft und Gemeinden in: „Reich u. Länder", 1936, S. 40 ff.

Laforet, Wilh.: Deutsches Verw.Recht, München, 1937.

Leuthold: Oeffentl. Interesse und öffentl. Klage im Verw.Rechte. An. d. D. Reiches, 1884 S. 321 f.

Locher, Eugen: Handels-, Wechsel- und Seerecht in das gesamte Deutsche Recht in system. Darstellung v. Rudolf Stammler, Teil V.

Maunz. Thedor: Die Anstalt, D. Recht 1936, S. 307 ff.

— Verwaltung in „Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften Reihe A" Hamburg 1937.

Mayer, Günther: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Diss. Würzburg 1936.

Mayer, Otto, Deutsches Verw.Recht, 2. Aufl., München und Leipzig 1914.

Messina Salvatore: in D.Recht 1938, S. 178.

Merkel: Beispiele zur Neubildung des Gemeinschaftslebens. DJZ. 1936, Sp. 228 ff.

Neitzke, Walter: Die rechtl. Stellung der kommunalen Wirtschaftsunternehmen. Diss. Jena 1935.

Oberverwaltungsgericht: in Reichs-Verw.Blatt 1931, 317 (6).

Petz, Wilh. von: Das Recht der gemeindlichen Betriebe und Unternehmungen in Bayern und Preußen. Diss. Erlangen, 1932.

Pfundtner-Neubert: Das neue Reichsrecht, I e 2.

Planck: Kom. zum BGB., 4. Aufl., Berlin 1913.

Riesenfeld: Kommunalverbände in Preuß. Verwbl. 20, S. 109 f.

Reichsgericht: in JW. 1931, I, 62[23].

Schattenfroh, Max: Kom. zur DGO., Textausgabe mit amtl. Begründung, München 1935.

Schmeller, Theodor: Die allgem. Rechtsstellung der öff. Unternehmungen. Beitrag zum Organisationsrecht der öff. Verwaltung. Diss. München 1934.

Sigloch: Unternehmungen des öffentl. Rechts in: Wirtschaftl. Abhandlungen 5, S. 180.

Silberschmidt: Zur Kaufmannseigenschaft der jur. Personen, Holdheim 1907, S. 213.
Sperlich, Otto: Oeffentlich-rechtlich und privatrechtlich betriebene Gemeindeanstalten und Einrichtungen. Diss. Heidelberg 1931.
Stadelmayer, Franz: Die öff. Sparkasse, ein Beitr. zur Theorie des öff. Unternehmens und der öff. Anstalt. Diss. Würzburg 1935.
Staub: Kom. zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932.
Staudinger: Kom. zum BGB., 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925.
Stritzke, Otto: Die wirtschaftl. Betätigung der Gemeinde. D. Verw. Blätter 35, S. 132ff.
Surén-Loschelder: Deutsche Gemeindeordnung, Kom. Berlin 1935.
Weber, Erich: Besitzen die öff. Sparkassen Kaufmannseigenschaft? Diss. Jena 1930.
Weidemann, Johannes: Die Selbstverw. d. Gemeinden und Gemeindeverbände in Frank. D. Verw. Recht, S. 185ff.
Weyr, Franz: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. Arch. d. Oeff. Rechts, 23,
Wieland: Handelsrecht, München u. Leipzig 1921.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Sammlung von Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.

A. Einleitung.

Das Deutsche Reich, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, unter dem Begriff „öffentliche Hand" zusammengefaßt, spielen in der deutschen Wirtschaft eine bedeutende Rolle. Auf allen Gebieten des Wirtschaftslebens trifft man die eine oder andere öffentliche Körperschaft an. Die Organisationsform und Rechtsgrundlagen, in denen sich die öffentlichen Körperschaften wirtschaftlich betätigen, sind dabei bunt und mannigfaltig. Und gerade die Verschiedenheit, ja Gegensätzlichkeit der Organisations- und Rechtsformen der Unternehmungen der öffentlichen Hand gibt zu rechtlichen Zweifeln Anlaß. Eine ansehnliche Literatur ist auf diesem Rechtsgebiet entstanden. Trotzdem ist es nicht gelungen, das Rechtsgebiet ein für alle Mal zu klären. Ein solches Unterfangen der abschließenden Klärung ist auch unmöglich. Gerade auf dem Gebiete der öffentlichen Wirtschaft wird schon bei kurzem Studium klar, daß das lebende, pulsierende Recht niemals in endgültige Formen und Formeln eingefangen werden kann. Das Recht ist eben kein abstrakter Begriff, kein über dem menschlichen Leben schwebendes Gedankending, dessen Grenzen, Umfang, Gestaltung und Inhalt absolut feststehen. Das Recht steht nicht in den Sternen geschrieben. Seine Natur und sein Wesen ist vielmehr die Gestaltung der Lebensverhältnisse von Angehörigen einer Gemeinschaft untereinander[1]). Es handelt sich im Rechtsleben also immer um die Gestaltung von Lebensverhältnissen. So spiegelt unser geltendes Recht die schillernde Buntheit des Lebens wieder. Jede Schwankung im Leben der Nation, die Zeitgedanken,

1) Vgl. Salvatore Messina, D. Recht, 1938, S. 178.

die herrschende Weltanschauung, der Kulturstand, die politische Machtstellung, kurz alles, was im Leben eines Volkes von Bedeutung ist, macht sich im Rechtsleben untrüglich in irgend einer Weise bemerkbar.

Nirgends aber waren diese Schwankungen größer als auf dem Gebiete der Wirtschaft unseres Volkes in den letzten Jahren. Eine wahre Sturmflut von Ereignissen brach über das deutsche Wirtschaftsleben herein. Die Sturmzeichen begannen mit den Gründerjahren. Es folgte eine ungeheuere Aufblähung unserer Industrie und eine nur mit Mühe überbrückte Krise unserer Agrarwirtschaft. Mit dem Weltkrieg und seiner Zwangswirtschaft setzte ein völlig anormaler Zustand ein. Alle Wirtschaftsgrundsätze wurden über den Haufen geworfen. Der so völlig durcheinander geratenen Wirtschaft versetzte die Inflation den Todesstoß. Von da an führte sie nur noch ein Scheindasein von den geliehenen Geldern anderer Völker. Und erst seit der nationalen Revolution kann wieder im Ernste von einer deutschen Wirtschaft gesprochen werden.

Das deutsche Wirtschaftsrecht aber war und ist ein getreuer Spiegel aller dieser umwälzenden Ereignisse. Hierfür zeugt besonders das Recht der öffentlichen Wirtschaft. In den Strudel der Geschehnisse wurden auch die öffentlichen Körperschaften, vor allem aber die Gemeinden, hineingerissen. Nachlassende Finanzkraft zwang sie zu immer stärkerer Beteiligung am Wirtschaftsleben. Um den Erfordernissen des Tages gerecht zu werden, ließen sie ihre Wirtschaftsunternehmungen in Rechtsform erscheinen, die bislang völlig unbekannt waren. Diese Formen hatten in den bis dahin geltenden Rechtstheorien bald keinen Platz mehr. Da das Leben aber stärker, ist als die Theorie, so wurden — zumindest teilweise — scheinbar für immer gültige Theorien in kurzer Zeit falsch. Ein markantes Beispiel für diese Tatsache ist der Kampf um die Theorie über den Begriff der öffentlichen Anstalt und die mit diesem Begriffe zusammenhängenden Probleme. Hierauf wird weiter unten noch eingegangen werden müssen.

B. Allgemeiner Teil.

I. Die Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht.

1. Praktische Bedeutung der Unterscheidung.

Rechtsprechung, Schrifttum und Gesetzgebung erkennen allgemein an, daß der Staat sowohl in seiner Eigenschaft als Träger von Hoheitsrechten, als auch als Privatperson auftreten kann. Tritt er als Privatperson auf, so nennt man ihn Fiskus. Diese Fähigkeit des Staates und der ihm gleich zu erachtenden sonstigen Körperschaften ist eine der hervorstechendsten Eigenschaften des deutschen Rechts. Sie beruht auf der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Staates. Das germanische Recht kannte die Unterscheidung des Rechts in eine öffentliche und eine private Sphäre nicht[1]). Es umfaßte Privatrecht und öffentliches Recht in ungetrennter und untrennbarer Vermischung. Erst mit der Rezeption des römischen Rechts wurde eine Scheidung der Rechtsmaterie in öffentliches und privates Recht bekannt. Mann erkannte, daß dem Recht des regierenden Fürsten ein höherer Wert, als den sonstigen Rechten des Einzelnen beizulegen war, daß der Fürst als Leiter des Staates irgendwie höhere Rechte, als der von ihm geführte Untertan besitzen mußte. Die im Fürsten verkörperte Macht des Staates erforderte in ihren rechtlichen Beziehungen eine Ueberbetonung gegenüber den Rechten der einzelnen im Staate zusammengefaßten Volksangehörigen. Und so wurde das Recht des Fürsten, und damit das Recht des Staates und seiner Einrichtungen, aus dem übrigen Recht herausgehoben und auf eine höhere Wertstufe gestellt. Berücksichtigt wurde jedoch stets, daß der Staat und die von ihm geschaffenen Einrichtungen nicht nur hoheitliche Funktionen ausüben, deretwegen die höhere Wertung des Staatsrechts

1) Huber, Neue Grundbegr. d. hoheitl. Rechts, S. 7; Laforet, D. Verw.Recht, S. 11; Stadelmayer, Die öff. Sparkasse, S. 15; Neitzke, Die rechtl. Stellung der komm. Wirtschaftsunternehmen, S. 18.

ja erfolgte. Der Staat in der Person des Fürsten manifestiert, brauchte zur Ausübung der Hoheitsfunktionen einen Apparat, der den gleichen Bedürfnissen unterworfen war, wie ein Staatsbürger. Bedurfte er nicht für seinen Amtsbetrieb genau so Schreibmaterial, wie der Handelsherr für sein Kontor? Mußte er sich nicht untergeordneter Hilfskräfte für geringwertige Arbeitsleistungen bedienen, wie jeder Hausherr? War irgend ein Unterschied zwischen dem Ankauf von Sätteln durch den Staat für seine Armee und dem Ankauf von Sätteln eines Gutsbesitzers für seinen eigenen Bedarf? Die zur Befriedigung dieser Bedürfnisse vom Staate vorgenommenen Rechtsgeschäfte glichen den Rechtsgeschäften des Staatsbürgers derart, daß eine Höher- oder Minderbewertung nicht berechtigt erschien. Man erkannte also, daß der Staat nicht nach einheitlichem Recht lebt, sondern daß er innerhalb zweier Rechtssphären funktioniert, daß auf seine Tätigkeit bald das höherwertige öffentliche Recht, bald das gewöhnliche, für alle Staatsbürger geltende, private Recht zur Anwendung gelangen mußte. So blieb der Staat in vielen seiner Beziehungen dem einzelnen Volksgenossen gleichgeordnet, wie es in der Zeit vor der Höherbewertung der Staatssphäre für alle Funktionen des Staates in der Person des Fürsten der Fall war.

Diese Einteilung beherrscht unser Recht heute genau so wie zu Beginn der Entwicklung. Die Verneinung des Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem Recht würde für das vorliegende normierte Recht zu unmöglichen Ergebnissen führen. Die unbedingte Notwendigkeit der Unterscheidung liegt schon allein darin begründet, daß einzelne Rechtsnormen sie voraussetzen, ja sie sogar zu ihrem gesetzlichen Tatbestand machen. Man braucht hierbei nur im Strafrecht an den Tatbestand der Urkundenfälschung zu denken, wo zwischen öffentlicher Urkunde und Privaturkunde unterschieden wird. Außerdem ist der überwiegenden Mehrzahl der Rechtsnormen eigen, daß sie entweder ausschließlich auf öffentlich-rechtlichem Gebiete oder auf privatrechtlichem Gebiete Anwen-

dung finden. Es genügt darauf hinzuweisen, wie selten eine Vorschrift des allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts im öffentlichen Recht auch nur analog herangezogen werden kann. Diese Tatsachen sind nur verständlich, wenn man davon ausgeht, daß der Gesetzgeber unter Zugrundelegung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht die jeweilige Norm nur für das private oder für das öffentliche Recht bestimmt hat. Schmeller[1]) hat richtig erkannt, daß die einzelnen Rechtsnormen, die zwischen öffentlichem und privatem Recht offensichtlich unterscheiden, nicht etwa isoliert dastehen. Vielmehr sind sie Teil eines Ganzen und zwar Teil eines zusammenhängenden Ganzen, Glieder eines Systems. Aus der Auslegung der Einzelnorm ist das ihr zugrundeliegende Rechtssystem erkenntlich. Folglich ist aus der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht in der einzelnen Norm zu entnehmen, daß im ganzen deutschen Recht diese Unterscheidung getroffen wird. Selbst wenn man also theoretisch eine Unterscheidung ablehnen wollte, müßte man sie in der Praxis einfach schon deshalb vornehmen, weil das Recht der Gegenwart sie als positiv gegeben ansieht.

Das Reichsgericht[2]) hat in neuester Zeit über diese Frage wie folgt entschieden: „Die in langer Entwicklung ausgebildete, der Rechtsübung vieler Jahrzehnte zugrunde liegende Unterscheidung von öffentlichem und bürgerlichem Recht kann, solange geltende Gesetze (wie z. B. § 13 GVG.) von ihr ausgehen, schon deshalb für die Rechtsanwendung nicht entbehrt werden".

Laforet[3]) hat darauf hingewiesen, daß die Scheidung auch in den seit der nationalen Revolution neu gefaßten oder geschaffenen Gesetzen gemacht worden ist. So ist insbesondere die DGO., die sich im Abs. 2 des Vorspruchs selbst als ein Grundgesetz des nationalsozialistischen

1) Schmeller, Die allgemeine Rechtsstellung der öffentlichen Unternehmungen, S. 26.

2) RGZ. 153/4.

3) Laforet, a.a.O., (Deutsches Verwaltungsrecht) S. 11.

Staates bezeichnet, auf der Grundlage dieser Trennung aufgebaut, wenn sich auch die ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers selbst nur in dem — allerdings für die Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Rechts besonders wichtigen — § 104 zeigt. Ebenso setzt das Beamtengesetz eine Scheidung voraus. Der Beamte steht nach § 1 des Gesetzes in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis, der Reichsminister nach § 156 Abs. 1 des Gesetzes in einem öffentlich-rechtlichem Amtsverhältnis.

2. Kriterien der Unterscheidung.

Für die praktische Anwendung dieser Unterscheidung bedarf es irgendwelcher Unterscheidungsmerkmale. Es ist erforderlich, daß man erkennen kann, wann öffentliches und wann privates Recht Anwendung finden muß, wann z. B. für den Geldanspruch einer Gemeinde das Vertragsrecht des BGB. oder aber die preuß. Gemeindeabgabenordnung Platz greift.

Die Beurteilung dieser Frage hängt davon ab, ob der Staat hoheitlich handelt, oder ob er als Privatmann auftritt. Oft erklärt der Staat, d. i. der Gesetzgeber, ausdrücklich, daß er die eine oder andere Handlung in öffentlicher oder privater Rechtssphäre vornehme. In diesem Falle hat sich die Entscheidung nach dieser Bestimmung zu richten. So begibt sich die Gemeinde ohne Zweifel auf den Boden des Privatrechts, wenn sie einen der von ihr geführten Betriebe in das Handelsregister eintragen läßt. Andererseits lebt die Gemeinde selbst nach öffentlichem Recht, da sie durch § 1 DGO. zur öffentlichen Gebietskörperschaft erklärt worden ist.

Jedoch sind auch damit nicht etwa alle Zweifel beseitigt. Es ist eine Eigenheit des deutschen Rechts, daß es kein Rechtsinstitut gibt, das ausschließlich nach öffentlichem Recht oder privaten Recht lebt. Nicht jeder Akt einer öffentlichen Körperschaft ist öffentlich-rechtlicher Natur. Nicht jede Rechtshandlung eines Privatmannes privatrechtlicher Natur. (Man braucht nur an die Fas-

sung der Betriebsordnung im Arbeitsrecht zu denken. Hier tritt ein Privatmann, der Betriebsführer, als Gesetzgeber auf. Die Gesetzgebung aber ist die wichtigste Tätigkeit, welche die Staatsführung in Ausübung ihrer hoheitlichen Funktion vornimmt. Der Betriebsführer übt also hoheitliche Funktion aus, wenn er die Betriebsordnung festsetzt. Der von ihm vorgenommene Rechtsakt ist, wie allgemein anerkannt, öffentlich-rechtlicher Natur). Wenn also vom Gesetzgeber ein Betrieb als öffentlich-rechtliches Institut erklärt, ist damit nicht gesagt, daß alle Handlungen dieses Instituts dem öffentlichen Recht angehören. Man braucht ja nur an den schon oben erwähnten Ankauf von Schreibmaterial für den Kanzleibetrieb zu denken um ein Privatgeschäft eines ögentlichen Institutes vor Augen zu haben. Auch hier bedarf es also irgend eines Kriteriums, um die Unterscheidung vornehmen zu können.

Der Gesetzgeber selbst hat eine Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht nicht vorgenommen, obwohl unser geltendes Recht auf der Grundlage der Zweiteilung aufgebaut ist. Eine gesetzliche Begriffsbestimmung des privaten oder des öffentlichen Rechtes gibt es nicht, ist auch in neuester Zeit nicht versucht worden. Die Unterscheidung ist daher von Wissenschaft und Praxis vorzunehmen, und es fehlt nicht an Versuchen, die Unterscheidungsmerkmale herauszuarbeiten.

Bei der Unterscheidung ist von der Höherbewertung der politischen Funktionen des Staates und der übrigen öffentlichen Körperschaften gegenüber dem Handeln des Staatsangehörigen auszugehen. Denn sie hat ja zu der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht geführt. Oeffentliches Recht liegt dann vor, wenn durch die Rechtsnorm, deren Zugehörigkeit zu der einen oder der anderen Rechtssphäre bestimmt werden soll, die politisch höher bewerteten Funktionen des Staates geregelt werden sollen. Jede Rechtsnorm, die auf die hoheitlichen Funktionen des Staates abstellt, gehört dem öffentlichen Recht an. So regelt z. B. die Reichsabgabenordnung die aufgrund der Steuerhoheit des Reiches erwachsenen Rechts-

verhältnisse und gehört deshalb dem öffentlichen Recht an. Die privatrechtliche, volksgenössische Norm dagegen bezieht sich nur auf die Rechtsbeziehung der Staatsbürger, der Volksgenossen, untereinander. Das wesentliche Merkmal des Privatrechts im Gegensatz zum öffentlichen Recht ist, daß hier eine politische Höherbewertung des Rechtsträgers nicht vorgenommen wird. Die Gleichordnung aller dem Privatrecht Unterworfenen ist Merkmal des Privatrechts. Im Privatrecht ist also die Rechtssphäre geregelt, in der sich die Staatsbürger rechtlich und politisch gleichwertig gegenüberstehen, im öffentlichen Recht die Rechtssphäre, in welcher der Staat seinen Angehörigen hoheitlich übergeordnet gegenübertritt.

Als Merkmal eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, werden Gewalt, Zwang und Befehl genannt. Wendet der Staat diese Mittel an. so wird es sich dann stets um politische Führung handeln, wenn er im Rahmen seiner hoheitlichen Funktionen handelt[1]). Denn, wie Stadelmayer[2]) richtig ausführt, sind Gewalt, Befehl und Zwang allein nicht spezifisch öffentlich-rechtliche Begriffe. Der Vater, der Schiffer, der Prinzipal üben ebenfalls Gewalt und Zwang aus, sie befehlen auch, ohne daß sie aber aus dem Rahmen des bürgerlichen Rechts heraustreten, weil sie keine hoheitlichen Funktionen ausüben. Da nun aber die Theorie nicht klären kann, wann nun eigentlich der Staat innerhalb seines hoheitlichen Rahmens handelt, ist mit ihr im Grunde genommen nichts erreicht. Sie führt nur zum Ausgangspunkt der Problemstellung zurück. Ferner kommt hinzu, daß der Staat als Hoheitsträger nicht stets mit den Mitteln des Befehls, des Zwanges oder der Gewalt, durch Gebot oder Verbot vorgeht. Oft wird er hoheitlich tätig, ohne daß er dabei Gewalt anwendet. So kann ein öffentlicher Rechtsakt durch Vereinbarung zustandekommen. Man braucht nur an die Beamtenanstellung zu denken, bei der keinerlei Zwang ausgeübt wird. Hier wird vielmehr zwischen dem Staat und dem Beam-

1) Bay. ObLG. XXIX, 393.

2) Stadelmayer, Die öffentliche Sparkasse, S. 17.

tenanwärter eine vertragsähnliche Vereinbarung getroffen. ohne daß allerdings ein wirklicher Vertrag zustandekommt, weil der Staat dem Anwärter nicht gleichgeordnet, sondern übergeordnet gegenübertritt. Die Merkmale reichen also zu einer allgemein gültigen Trennung nicht aus.

Eine weit verbreitete, wohl herrschende Lehre sieht das Kriterium in dem öffentlichen oder privaten Interesse Schmeller[1]) umschreibt die Unterscheidung folgendermaßen: „Der Unterschied des öffentlichen und des privaten Rechts liegt seinem inneren Wesen nach darin begründet, daß das öffentliche Recht Interessenkonflikte unter Bevorzugung des höherwertigen (Kollektiv-)Interesses des einen Partners insbesondere unter Bevorzugung eines am Rechtsverhältnis beteiligten öffentlichen Verbandes ordnet, während das Privatrecht von der Gleichordnung und Gleichwertung der an dem zu regelnden Lebensverhältnis beteiligten (Individual-)Interessen ausgeht.“ Auch Laforet[2]) vertritt die Interessentheorie.

Nach der Interessentheorie ist also immer dann öffentliches Recht gegeben, wenn aus der Norm der Wille des Gesetzgebers erkenntlich ist, daß die (öffentlichen) Interessen der Gemeinschaft, der Allgemeinheit bevorzugt werden sollen. Dieses Unterscheidungsmerkmal des Interesses ist nurmehr bedingt brauchbar. Heute hat die Gemeinschaft, die Nation, an allen Rechtsverhältnissen und Rechten ein Interesse. Man hat erkannt, daß jede Rechtsnorm Belange der Gemeinschaft wahrnimmt; denn jede Rechtsnorm hilft die Gemeinschaft ermöglichen, indem sie Konflikte zwischen den Angehörigen der Gemeinschaft beseitigt oder verhindert. Damit hat sie stets öffentlichen, politischen Wert.

Auch das überwiegende Interesse ist, ganz abgesehen von der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen überwiegendem und sonstigem öffentlichen Interesse, kein Unterscheidungsmerkmal, das jeden Zweifel ausschließt.

---

1) Schmeller, Die allgemeine Rechtsstellung der öffentlichen Unternehmungen, S. 31.

2) Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 14.

Denn auch bei anerkannt privatrechtlichen Einrichtungen, z. B. den Kartellen, kann ein überwiegendes öffentliches Interesse gegeben sein.

Für die allgemeine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privaten Recht erscheint daher das Kriterium des überwiegenden Interesses nicht brauchbar. Für eine Scheidung zwischen den beiden Rechtsarten auf einem engeren Rechtsgebiet, z. B. innerhalb des Unternehmensrechts kann sie aber zur Not herangezogen werden, wie noch weiter unten bei der Unterscheidung zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbebetrieb gezeigt werden soll.

Nicht minder zweifelhaft ist auch die Leuthold'sche Theorie[1]), daß für die Bejahung eines öffentlichen Tatbestandes die notwendige Beteiligung von Gemeinwesen maßgebend sei. Dieser Ansicht folgt auch Neitzke[2]), der die Theorie noch ergänzt, indem er hinzufügt, daß die öffentliche Körperschaft an dem Rechtsverhältnis notwendigerweise als übergeordnetes Rechtssubjekt beteiligt sein muß, soll es öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Wann ist aber das Gemeinwesen notwendig an einem Rechtsverhältnis als übergeordnetes Rechtssubjekt, oder wie es besser heißen wollte, als Hoheitsträger beteiligt? Doch nur dann, wenn es hoheitliche Funktionen ausübt.

So ist also durch die Leuthold'sche These nichts gewonnen. Sie führte auf einem Umwege zur Ausgangsfrage, wann der Staat hoheitlich tätig wird, zurück.

3. Das Wesen des Rechtsbegriffs als Grund für das Versagen einer dogmatischen Unterscheidung.

Die Unterscheidung ist dogmatisch nicht zu bewerkstelligen. Macht man sich mit dem Wesen des Begriffs des öffentlichen Rechts vertraut, so kann dieses Ergebnis auch nicht wundernehmen. Der Rechtsbegriff ist, wie

1) Leuthold, Oeffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, S. 348f., 361.

2) Neitzke, Die rechtliche Stellung der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, S. 23.

jeder Begriff, ein Hilfsmittel, um einen Tatbestand von anderen trennen zu können. Die Trennung von Lebenstatbeständen ist notwendig, um mit ihnen arbeiten zu können. Die Trennung ist nun keineswegs willkürlich. Vielmehr paßt sie sich stets an die Wirklichkeit an.

Natur und Leben schaffen Tatbestände, die von einander in irgend einem Punkte verschieden sind, in anderen wieder übereinstimmen. Diese Verschiedenheit und Uebereinstimmung werden nun früher oder später einmal auf irgend eine Weise herausgefunden und erkannt. Denn die Wirklichkeit drängt meist derart zur Trennung, daß eine Beibehaltung des alten ungetrennten Zustandes zu ihrer Vergewaltigung führen muß.

Aufgabe der Wissenschaft ist es nun, die Trennung klar und verständlich auszudrücken und so die rein gefühlsmäßige Trennung durch bewußte zu ersetzen, sofern dies überhaupt möglich ist.

In der Rechtswissenschaft handelt es sich nun darum, das lebendige Recht durch Begriffe zu trennen und zu teilen, wie es die Wirklichkeit erfordert. Maßgebend für Trennung und Zusammenfassung ist das menschliche Leben mit seiner ungeheuren Vielseitigkeit. Das Leben fordert die Trennung des Rechts. Hierbei ist der Begriff „Leben“ nicht erschöpfend zu umschreiben. Bemerkt sei nur, daß alles, was im Leben von Bedeutung ist, auch für die Trennung des Rechts Geltung hat. So spielen die Geschichte, die Weltanschauung, die Politik, die Wirtschaft, die Rasse, die Technik, der Stand der Wissenschaften usw. bei der Einteilung des Rechts eine Rolle.

Für die Bedeutung der Technik für die Bildung von Rechtsbegriffen sei beispielsweise auf den Rechtsbegriff der Eisenbahn hingewiesen (RGZ. 1/252). Durch die fortschreitende Technik war die Eisenbahn zu immer größerer Bedeutung gelangt. Je umfangreicher aber der Eisenbahnbetrieb wurde, umso größer wurden die mit dem Betriebe verbundenen Gefahren. Man erkannte, daß die

Eisenbahn im Gegensatz zu sonstigen Personenbeförderungsunternehmen für verursachte Schäden stärker haften müßte. Diesem Erfordernis wurde im Haftpflichtgesetz entsprochen. Die Technik führte also innerhalb des Schadenersatzrechtes zu einer Trennung der Fuhrunternehmen in Eisenbahnunternehmen und sonstige Unternehmen. Die Anwendung des Gesetzes setzte nun die Bildung des Begriffes „Eisenbahn" voraus. Diese Begriffsbildung vollzog das Reichsgericht, indem es sich an die im Leben herrschende, gefühlsmäßige Vorstellung einer Eisenbahn anschloß und diese Vorstellung in einen konkreten Begriff zu fassen suchte.

Wie nun in dem eben vorgetragenen Beispiel das Leben in Form der Technik eine rechtliche Abtrennung des Eisenbahnbegriffs von sonstigen Fuhrunternehmen erzwang, so führte es auch die Notwendigkeit der Isolierung des öffentlichen Rechts vom sonstigen Recht herbei. Denn, wie oben gezeigt wurde, wurde man mit der Einartigkeit des Rechts infolge veränderter Lebensumstände der Machtstellung des Fürsten nicht mehr gerecht.

Die Scheidung wird vom Leben nicht nur gefordert, sondern auch von ihm durchgeführt. Ob der einzelne Rechtstatbestand dem einen oder anderen Normenkomplexe angehört, wird vom Leben festgesetzt. Es bestimmt in der Lebens- und Rechtsanschauung, wann öffentliches und wann privates Recht vorliegt, wann der Staat hoheitlich handelt und wann nicht. Da aber die Einteilung nur gefühlsmäßig vorgenommen wird, so ist die Zuteilung eines Rechtstatbestandes zu dem einen oder anderen Rechtsgebiet nicht immer zweifelsfrei. Jedoch gibt es bei den zu trennenden Tatbeständen eine Reihe solcher, deren Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Komplexe nach allgemeiner Anschauung einwandfrei feststeht. So betrachtet man z. B. die Gesetzgebung stets als zum öffentlichen Recht gehörig.

Was geschieht aber mit den anderen Tatbeständen? Hier beginnt die Arbeit des Rechtsgelehrten. Es gilt einen Weg zu finden, auch Tatbestände, deren Zugehörigkeit zu

dem einen oder anderen getrennten Rechtsgebiet zweifelhaft ist, zu deren Einordnung die allgemeine Rechtsanschauung schweigt, rechtlich zu bestimmen. Diese Bestimmung, diese Einordnung wird durch Rechtsvergleichung ermöglicht. Man sammelt die übereinstimmenden Merkmale der zweifelsfrei untergeordneten Tatbestände und vergleicht die nicht zweifelsfrei untergeordneten Tatbestände mit diesen gesammelten Merkmalen. M. a. W., man subsummiert die Tatbestände unter die Sammlung der gefundenen Merkmale. Diese Sammlung von Rechtsmerkmalen nennt man Rechtsbegriff. Die Formulierung des Rechtsbegriffes ist demnach davon abhängig, welche Tatbestände die allgemeine Rechtsanschauung einem, von einem anderen Normenkomplexe abzutrennenden oder schon abgetrennten Normenkomplexe zuweist. Es bestehen naturgemäß bei dem ständigen Flusse des Lebens Schwankungen, sodaß Zahl und Natur der Merkmale des Rechtsbegriffes veränderlich sind. So kann es vorkommen, daß ein Begriff, wie z. B. der Begriff der Aktiengesellschaft, im Laufe der Zeit einen völlig anderen Inhalt bekommt, als er ihn am Anfang hatte. Wenn Hofmann[1]) behauptet, daß die starre Begriffsbildung (der Anstalt) der nationalsozialistischen Auffassung widerspreche, so stimmt das nicht ganz. Vielmehr widerspricht starre Begriffsbildung überhaupt dem Wesen des Rechtsbegriffes.

Oft versagt aber die Rechtswissenschaft bei der Begriffsbildung, weil die Zahl der dem Begriff zugrunde liegenden Tatbestände so groß ist, daß die Tatbestandsmerkmale nicht mehr erschöpfend festgestellt werden können. Dabei spielt auch eine Rolle, daß bei vielen Tatbeständen die Aenderung der Tatbestandsmerkmale so schnell erfolgt, daß eine Begriffsbildung überholt ist, bevor sie überhaupt praktisch wird. In diesem Dilemma befindet sich die Rechtswissenschaft bei der Bildung des Begriffs „öffentliches Recht". Der Umfang der dem öffentlichen Recht angehörenden Tatbestände ist derart groß, ihre Tatbe-

1) Hoffmann, Untersuchung zum Recht der öffentlichen Anstalten, S. 17.

standsmerkmale derart verschieden und oft wechselnd, daß es unmöglich ist, einen auch nur für den Augenblick brauchbaren Begriff zu finden. Wollte man trotzdem einen festen Begriff herauskristallisieren und als maßgebend hinstellen, so wäre er in nächster Zeit überholt und falsch, vorausgesetzt, daß er jemals richtig gewesen wäre.

Die Trennung wird nun aber nicht etwa deshalb unmöglich, weil eine exakte Begriffsbildung für das gesamte öffentliche Recht nicht zustande kommen kann; auf vielen Teilgebieten des öffentlichen Rechts konnte eine klare Begriffsbildung durchgeführt werden. Wo dies jedoch nicht der Fall ist, muß an die Stelle der bewußten Trennung die ursprüngliche, gefühlsmäßige treten. Es bleibt also dem Fingerspitzengefühl, dem gesunden Menschenverstand und der Lebensnähe des Richters überlassen, herausfinden, wann öffentliches Recht und wann Privatrecht vorliegt, wann der Staat hoheitliche Funktionen ausübt und wann nicht. Als Richtschnur kann ihm nur dienen, daß es sich um einen Akt der Staatsführung handeln muß.

4. Rechtsvermutung für öffentliches Recht.

Eine gewisse Erleichterung tritt dadurch ein, daß eine Vermutung für die hoheitliche Funktion des Staates spricht. Im Zweifel gilt daher für sein Handeln öffentliches Recht. Diese Vermutung ist ohne weiteres aus der nationalsozialistischen Rechtsanschauung zu folgern, die das Interesse der Gemeinschaft stets dem Interesse des Einzelnen vorzieht. Gemeinnutz geht vor Eigennutz[1]).

Besonders gute Dienste leistet die Vermutung für das öffentliche Recht deshalb, weil fast alle unsere Rechtsinstitute teils nach öffentlichem, teils nach privatem Rechte leben. Diese Mischung der beiden Rechtssphären erschwert naturgemäß die Erkenntnis, wann das eine und wann das andere Recht anzuwenden ist. In solchen Zweifelsfällen handelt es sich also stets um öffentliches Recht.

Die Feststellung, wann öffentliches und wann priva-

1) Huber, Neue Begriffe des hoheitlichen Rechts, S. 21.

tes Recht anzuwenden ist, ist nach dem Einzelfalle — notfalls gefühlsmäßig — vorzunehmen.

II. Oeffentliche Wirtschaftsbetriebe.

1. Die Organisationsformen der deutschen Verwaltungsbetriebe.

Das Bedürfnis nach einer klaren Trennung zwischen öffentlichen und privaten Recht hat sich vor allem im deutschem Verwaltungsrecht ergeben.

Unter Verwaltung versteht man nach der herrschenden Ansicht alle Tätigkeit des Staates, die sich außerhalb der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Regierung bewegt. Unter dem Begriff der Verwaltung sind rechtliche Erscheinungen von sehr verschiedener Art zusammengefaßt. Für die vorliegende Arbeit ist es nun nicht notwendig, festzustellen, welche Arten der Verwaltungstätigkeit vorhanden sind. Die Untersuchung kann sich auf die Fälle beschränken, in denen der Staat und die übrigen öffentlichen Körperschaften wirtschaftliche Leistungen irgendwelcher Art an den einzelnen Gemeinschaftsangehörigen erbringen. Denn nur die Kaufmannseigenschaft einer öffentlichen Körperschaft soll untersucht werden, und eine solche Eigenschaft setzt stets die Erbringung wirtschaftlicher Leistung voraus (allerdings mit Ausnahme der Formkaufleute).

Gerade auf dem Verwaltungsgebiet, in dem die öffentliche Hand Leistungen erbringt, also auf dem Gebiet der öffentlichen Wirtschaft, herrscht erbitterter Streit, wann öffentliches Recht und wann Privatrecht anzuwenden ist. Die Vielseitigkeit der Verwaltungsaufgaben zwingt die öffentliche Hand, für einzelne Verwaltungsaufgaben Einrichtungen, Rechtsinstitute und Betriebe von der Gesamtheit der Körperschaft abzusondern und diesen abgesonderten Verwaltungseinheiten Eigenschaften zu geben, die sie von anderen Verwaltungseinheiten und von der Körperschaft selbst unterscheiden. Diese organisatorische Trennung geschieht je nach der zu lösenden Verwaltungsaufgabe in verschiedener Weise. In den meisten Fällen

wird die Trennung nur in geringem Umfange vorgenommen. Eine rechtliche Trennung der Verwaltungseinheit von der Körperschaft erfolgt nicht, aber eine eigene Organisation, vielleicht auch eine abgesonderte Vermögensmasse, trennt den Betrieb von der Körperschaft ab. Aber auch rechtlich verselbständigte Betriebe werden eingerichtet. Hier ist dann die öffentliche Körperschaft eine rechtlich von dem abgetrennten Betriebe verschiedene Person.

Neben dieser Verschiedenheit der organisatorischen Abgrenzung spielt die Scheidung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Betriebe die Hauptrolle. Nach heute herrschender Lehre können öffentliche Verwaltungsaufgaben auch mit privaten Mitteln gelöst werden. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Obwohl in der öffentlichen Verwaltung das öffentliche Recht längst die Vorherrschaft erlangt hat und das Privatrecht an Bedeutung ungemein verloren hat, so ist doch die Zurückdrängung des bürgerlichen Rechts innerhalb der öffentlichen Verwaltung nicht völlig durchgeführt. Allerdings kann man aus der allgemeinen Tendenz der Staats- und Verwaltungsrechtsentwicklung schließen, daß im Laufe der Zeit das bürgerliche Recht in der Verwaltung völlig beseitigt sein wird. Nach dem heutigen Rechtszustand ist dieser Augenblick aber noch nicht eingetreten.

So ergibt sich ein buntes Bild von Rechtsformen, in denen Verwaltungsinstitute leben. Wir kennen selbständige und unselbständige Betriebe der öffentlichen Hand, die sowohl nach öffentlichem Recht als auch nach privatem Recht leben. Außerdem gibt es noch Privatunternehmen, die von Privatunternehmern betrieben werden, an denen aber die öffentliche Hand zur Wahrnehmung ihrer Verwaltungsaufgaben beteiligt sind, die sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privatem Recht ist nun aber auch auf dem Gebiete der öffentlichen Wirtschaft nicht klar durchgeführt. Wir kennen keinen öffentlichen Wirtschaftsbetrieb, der ausschließlich nach öffentlichem oder nach privatem Recht lebt. Wieder

ergibt sich also die Schwierigkeit, festzustellen, wann ein öffentlicher Wirtschaftsbetrieb nach öffentlichem Recht oder nach privatem Recht lebt. Da nun untersucht werden soll, wann eine öffentliche Körperschaft Kaufmann ist, so muß zu diesem Problem Stellung genommen werden. Denn der Kaufmannsbegriff ist ein Begriff des Privatrechts, und Kaufmann kann demzufolge eine öffentliche Körperschaft nur sein, wenn sie sich dem Privatrecht unterstellt.

Bei der Untersuchung, inwieweit eine öffentliche Körperschaft Kaufmann ist, interessiert nur das Verhältnis zwischen dem von der Körperschaft unterhaltenen und betriebenen Unternehmen und den Abnehmern der von dem Unternehmen angebotenen Leistungen, m. a. W., das Außenverhältnis. Das Innenverhältnis, das Verhältnis zwischen Körperschaft und Unternehmen, spielt nur insoweit eine Rolle, als aus seiner Rechtsform Rückschlüsse auf die Rechtsform des Außenverhältnisses gezogen werden können.

2. Privatrechtsbetriebe.

Ohne Schwierigkeiten können zunächst einmal alle die Unternehmungen der öffentlichen Hand herausgenommen und dem Privatrecht zugewiesen werden, die infolge ihrer Organisationsform unzweifelhaft dem Privatrecht angehören. Dies sind die von einer öffentlichen Körperschaft errichteten Handelsgesellschaften, bürgerlichen Gesellschaften, Vereine usw. Wird ein Unternehmen der öffentlichen Hand in Form einer Aktiengesellschaft, einer GmbH., einer Genossenschaft etc., betrieben, so regeln sich die Beziehungen zu den Abnehmern nach privatem Recht[1]). Im allgemeinen werden die Organisationsformen der AG. und der GmbH. bevorzugt. Sowohl das Deutsche Reich, als auch Länder und Gemeinden haben ihre Wirtschaftsunternehmen in Form dieser Handelsgesellschaften eingerichtet. Es seien die Reichsrundfunkgesellschaft mbH., die Getreidehandelsgesellschaft, die Viag,

1) Laforet, a.a.O., S. 34; RGZ. 153/1, 4; Sigloch, Unternehmen des öffentlichen Rechts, S. 23.

das Walchenseewerk, das Bayernwerk, die Preussag und die verschiedensten Gemeindeunternehmen, vor allem städtische Straßenbahnen, erwähnt. Diese Organisationsform verliert im Verwaltungsrecht. immer mehr an Bedeutung.

Ihre Blütezeit hatte sie vor der nationalsozialistischen Revolution in der Zeit des Parlamentarismus. Der Zweck der Flucht in das Privatrecht war die Entpolitisierung der Betriebe. Eine geordnete Wirtschaftsführung eines öffentlichen Unternehmens war in dieser Zeit solange unmöglich, als sie den Einflüssen politischer Parteien und Wirtschaftsgruppen ausgeliefert waren. Denn häufig mußten sachliche Erwägungen hinter einer unangebrachten Rücksichtnahme auf die Wählermassen zurücktreten[1]). Man trennte daher die Unternehmen von dem Schicksal der Körperschaft, indem man sie rechtlich verselbständigte. Die hierfür gewählte Rechtsform war die Handelsgeschaft, an der die Körperschaft als Aktionär oder als Gesellschafter beteiligt war[2]). Die Gesellschaftsform wurde auch deshalb bevorzugt, weil für eine selbständige Handelsgesellschaft leichter Kredite und Darlehen zu erhalten waren. Denn infolge der Inflation war das Vertrauen zum Staat selbst weitgehend erschüttert[3]).

Der heutige Führerstaat gewährleistet hingegen wieder eine einheitliche Führung der Unternehmen in Staat und Gemeinden, frei von der Interessenpolitik der Parteien und Wirtschaftsgruppen. Auch das Vertrauen zum Staat und seiner Solvenz ist wieder restlos hergestellt. Hiermit sind die Gründe für eine Verselbständigung in Privatrechtsform weggefallen. In § 75 DGO. wird daher auch die Umwandlung eines Gemeindeunternehmens in ein rechtlich selbständiges Unternehmen von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht (Vgl. amtl. Begründung).

---

1) Kerrl-Weidemann, Die deutsche Gemeindeordnung, S. 506.
2) Laforet, a.a.O., S. 35; Kerrl-Weidemann, a.a.O., S. 506.
3) Kerrl-Weidemann, a.a.O., S. 507.

3. Privatrechtliche Regelung des Außenverhältnisses.

Schwierigkeiten bietet die Untersuchung der rechtlichen Natur des Außenverhältnisses auch dann nicht, wenn dieses Verhältnis ausdrücklich durch Gesetz oder Satzung privatrechtlich geregelt ist. Wird solche ausdrückliche Bestimmung auch selten anzutreffen sein, so wird man oft aus einzelnen Bestimmungen im Zusammenhang mit der allgemeinen Tendenz der Regelung des Außenverhältnisses seine Rechtsnatur erkennen können. Als Beispiel sei hier die Betriebsordnung der deutschen Reichsbahn angeführt.

Diese Regelung richtet sich nach der Eisenbahnverkehrsordnung vom 16. 5. 1928, (RGBl. 1928, S. 401) und den §§ 453 ff. HGB., insbesondere § 454 HGB. Schon die Bestimmung des § 454 HGB., daß für den Eisenbahnfrachtverkehr Handelsrecht gelten solle, falls in der Eisenbahnverkehrsordnung nichts anderes bestimmt ist, läßt auf den Willen des Gesetzgebers zur privatrechtlichen Regelung des Außenverhältnisses schließen. Aber auch die Eisenbahnverkehrsordnung selbst gibt deutliche Hinweise dafür, daß Privatrecht gelten soll. So sei besonders auf § 61 hingewiesen, der vom Abschluß des Frachtvertrages handelt. Ebenso regelt § 93 das Erlöschen des Anspruchs gegen die Eisenbahn aus dem Frachtvertrage. § 93 enthält auch im 3. Absatz eine Bestimmung, derzufolge die Ansprüche aus dem Frachtvertrage im Wege der Klage geltend gemacht werden können. Aus diesen einzelnen Bestimmungen im Zusammenhang mit dem sonstigen an das Handelsrecht anklingenden, teilweise übereinstimmenden Bestimmungen, zusammen mit § 454 HGB. kann wohl ohne Bedenken entnommen werden, daß das gesamte Außenverhältnis vom Gesetzgeber privatrechtlich geregelt sein sollte[1]). (Vgl. S. 5 d. Arb.).

Man wird grundsätzlich immer dann, wenn im Gesetz oder in der Satzung der ordentliche Rechtsweg für die Durchfechtung eines Anspruches des Abnehmers ge-

1) Koellreutter, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 124.

gen ein öffentliches rechtliches Unternehmen gegeben wird, oder wenn von einem Vertrag, — einem Rechtsgeschäft, das nur im Privatrecht vorhanden ist, gesprochen wird, eine privatrechtliche Regelung des gesamten Außenverhältnisses annehmen können. Denn aus den Einzelbestimmungen ist zu entnehmen, daß das ganze Verhältnis alle hierauf bezüglichen Bestimmungen, dem Privatrecht angehören und nach ihm beurteilt werden sollen. (Vgl. S. 5 d. Arb.). Es ist allerdings zu bedenken, daß der ordentliche Rechtsweg nicht allein für Privatrechtsansprüche gegeben ist. Man braucht nur daran zu denken, daß der Gehaltsanspruch des Beamten im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden muß. Dieser Anspruch gehört zweifellos dem öffentlichen Recht an, da er aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis stammt. Allerdings ist solch eine Regelung als Ausnahme zu betrachten. Ist umgekehrt das Außenverhältnis unverkennbar öffentlich-rechtlich geregelt, was wieder aus den Bestimmungen der Satzung oder des Gesetzes zu entnehmen ist, dann gelangt öffentliches Recht zur Anwendung. Dies ist ohne Zweifel stets dann der Fall, wenn der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen ist, und die Verwaltungsgerichtsbarkeit an seine Stelle treten soll, wie es z. B. für die Ansprüche der Beamten nach Einführung der Reichsverwaltungsgerichte vorgesehen ist.

Ein weiteres Merkmal des öffentlichen Außenverhältnisses ist die Gebühr als Form des Entgelts. Denn Gebühren gibt es nur im öffentlichen Recht. Schmeller[1]) bemerkt hierzu richtig: „Läßt die Anstaltsordnung mit Sicherheit auf die öffentlich-rechtliche Natur des Gebührenverhältnisses schließen, so hat damit die öffentlich-rechtliche Regelung des gesamten Nutzungsverhältnisses als erwiesen zu gelten. Es ist nach geltendem Recht nicht dehnbar, daß aus einem privatrechtlichen Vertrage die Verpflichtung des Partners zur Leistung einer öffentlich-rechtlichen Gebühr hervorgeht". Wird daher in der Unternehmensordnung klar zum Ausdruck gebracht, daß das Ent-

1) Schmeller, a.a.O., S. 82.

gelt für die Benutzung des Unternehmens in Form von Gebühren erhoben werden soll, dann kann ohne weiteres auf ein öffentlich-rechtliches Außenverhältnis geschlossen werden[1]). Dies wäre der Fall, wenn beispielsweise bei der Regelung des Entgelts auf die preußische Kommunalabgabenordnung verwiesen wird.

Liegt eine klare Regelung nicht vor, so ist allein aus der Höhe des Entgelts eine Gebühr nicht erkenntlich. Privatrechtliches Entgelt und öffentlich-rechtliche Gebühr unterscheiden sich nicht in ihrer Höhe. Die Gebühr muß nicht notwendig niedriger sein, als ein entsprechendes privates Entgelt, weil das Prinzip der bloßen Kostendekkung keineswegs für die Gebühr allein maßgebend ist, wenn auch oft durch die Gebühren nur die Kosten eines Unternehmens gedeckt werden sollen[2])

Da eine zweifelsfreie Regelung des Außenverhältnisses kaum vorgenommen wird, meist vielmehr die bestimmte Regelung der Frage, ob Privatrecht oder öffentliches Recht maßgebend sein soll, völlig unterbleibt, so bleibt meist nichts übrig, als die gesamte Rechtsnatur des Unternehmens sowohl im Innen-, als auch im Außenververhältnis zu untersuchen und nach diesem Ergebnis die Rechtsnatur des Außenverhältnisses zu bestimmen.

Ist die sonstige Rechtsnatur des Unternehmens öffentlich-rechtlich geregelt, so kann hieraus entnommen werden, daß auch das Verhältnis zu den Benutzen öffentlich rechtlich sein soll. Andererseits kann auf privatrechtliche Beziehungen zwischen dem Unternehmen und seinem Benutzer geschlossen werden, wenn das Unternehmen in seiner Gesamtheit privatrechtlich organisiert ist. Es spricht im deutschen Recht eine Vermutung dafür, daß ein Unternehmen nach einheitlichem Rechte lebt, obwohl im Recht des öffentlichen Lebens die Mischform überwiegt[3]).

1) Schmeller, a.a.O., S. 82; Neitzke, a.a.O., S. 26.

2) Sperlich, Oeffentl.-rechtl. und privatrechtl. brtriebene Gemeindeanstalten und Einrichtungen, S. 50; a. A.: Fleiner, Institutionen, S. 426.

3) Bühler, Begriff und Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt als Verwaltungsrechtliches Institut, S. 24; Schmeller, a.a.O., S. 90.

4. Oeffentliche Anstalt und öffentlicher Gewerbetrieb.

a) Entstehung des Anstaltsbegriffes.

Wie die Entscheidung, ob öffentliches oder privates Recht vorliegt, von dem Einzelfall abhängig ist, so ist auch die Entscheidung, wann ein öffentliches Unternehmen dem Privatrecht und wann dem öffentlichen Rechte angehört, nach dem Einzelfalle zu bestimmen.

Auch hier nimmt etwa die Rechtswissenschaft die Trennung vor, sondern sie versucht, die von der allgemeinen Rechtsanschauung vorgenommene Trennung zu erkennen. Die so (vom Leben) getrennten öffentlichen Unternehmen faßt die Rechtswissenschaft zusammen und bildet aus ihren übereinstimmenden rechtlichen Eigenschaften Begriffe. So ist für das öffentliche Unternehmen, das nach öffentlichem Rechte lebt, der Begriff „öffentliche Anstalt" eingeführt worden, und für das öffentliche Unternehmen, das nach Privatrecht lebt, der Begriff, „öffentliches Gewerbeunternehmen. Liegt also eine öffentliche Anstalt vor, so ist das Außenverhältnis" öffentlich-rechtlich geregelt, falls nichts anderes bestimmt ist.

Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß keine juristischen Gründe dafür anzuführen sind, warum ein Insitut dem einen oder dem anderen Begriffe zugewiesen wird. Es wird rein gefühlsmäßig einfach die lapidare Entscheidung ausgesprochen: „Dieses Unternehmen ist eine öffentliche Anstalt", ohne daß logische Gründe hierfür angeführt werden könnten. Lediglich ein meist völlig unbestimmtes Gefühl sagt dem Einzelnen, daß es so und nicht anders sein muß.

Der Grund hierfür liegt darin, daß die vom Leben geforderte Einteilung unseres Rechtssystems in öffentliches und privates Recht auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts durchgeführt wird. Da nun aber von der Rechtswissenschaft für ein nach öffentlichem Recht lebendes Unternehmen der Begriff „öffentliche Anstalt" geprägt worden ist, so kann man der Einfachheit halber sagen, daß die

allgemeine, gefühlsmäßige Rechtsanschauung bestimmt, wann ein öffentliches Unternehmen eine öffentlche Anstalt ist.

Als Beispiel hierfür möge ein Gedankengang von Maunz angeführt werden[1]): Maunz entwickelt einen neuen Anstaltsbegriff, dessen Wesen er in der Anstaltsordnung erblickt. Nachdem er seine Lehre dargelegt hat, versucht er ihre Richtigkeit durch Beispiele zu beweisen. Hierzu verwendet er u. a. als Beispiel die Schule. Er geht von der Behauptung aus, daß die Schule eine typische öffentliche Anstalt sei. Da nun, wie er weiter ausführt, die Schulordnung ein Hauptbestandteil der Schule sei, so könne man hieraus erkennen, daß die Anstaltsordnung das Wesen einer öffentlichen Anstalt ausmache.

Das Bemerkenswerte an dieser Feststellung ist, daß Maunz nicht etwa einen Anstaltsbegriff von vornherein aufstellt, und danach die Schule als Anstalt erkennt. Vielmehr legt er seinen Ausführungen die von ihm in keiner Weise bewiesene oder auch nur ausgeführte Feststellung zugrunde, die Schule sei eine Anstalt, und zieht hieraus die Folgerungen für seinen neuen Anstaltsbegriff. Diese Beweisführung könnte widersinnig erscheinen, würde man nicht das Wesen des Rechtsbegriffes erfassen. Müßte man doch sonst der Ansicht sein, daß Maunz einen circulus vitiosus geschlagen hat. Es scheint doch fast, als ob er erst den Begriff der Anstalt aufstellt, um zu erklären, warum die Schule eine Anstalt sei, dann aber zur Begründung dieser Lehre wieder davon ausgeht, daß die Schule eine Anstalt sei. In Wirklichkeit wollte Maunz gar nicht beweisen, daß die Schule eine Anstalt ist. Er ging vielmehr von der richtigen Erwägung aus, daß die Schule nach allgemeiner Lebensanschauung stets als öffentliche Anstalt behandelt wird, ohne daß diese Einstellung irgendwie logisch begründet werden könnte. Sie ist ja auch keine juristische Feststellung. Sie wird vom Leben diktiert und ist rein gefühlsmäßig begründet. Natürlich können Gründe

1) Maunz, Verwaltung S. 71.

dafür angegeben werden, warum gerade die Schule als Anstalt angesehen wird. Da werden weltanschauliche, politische, soziologische und kulturelle Gründe herangezogen werden können. Aber keiner wird allein maßgebend sein, stets wird ein ungeheuer kompliziertes bis ins Einzelne nicht nachspürbares Flechtwerk von Gründen vorhanden sein. Denn im Leben wird eine Wirkung nie allein von einer Ursache herbeigeführt, sondern stets von einer nicht feststellbaren Vielzahl. Man kann natürlich den einen oder anderen Grund als besonders wichtig herausgreifen und ihn der Einfachheit halber als einzigen Grund hinstellen. Dabei nimmt man aber stets eine Fehlerquelle in Kauf. Jedenfalls aber kann die Zuweisung eines Tatbestandes zu einem Rechtsbegriff, z. B. die Erkenntnis, daß die Schule eine öffentliche Anstalt ist, niemals juristisch, sondern höchstens philosophisch erklärt werden. Stadelmayer[1]) hat diese Erkenntnis ebenfalls zum Ausdruck gebracht. Er sagt hierzu: „Die Rechtswissenschaft ist eine empirische Wissenschaft, ihre Begriffe sind geschichtlich, politisch, soziologisch und psychologisch bedingt. Es ist für die Bildung juristischer Begriffe unerläßlich, auch den Zweck der einzelnen Rechtsinstitute ins Auge zu fassen. Damit kommt man in den Bereich der Wertlehre und in metaphysische Hintergründe. Eine Rechtswissenschaft, die mit apriorischen Begriffen arbeitet, die das Sollen erörtern zu können glaubt, ohne das Sein zu berücksichtigen, die der Fülle des Lebens durch Anwendung der geometrischen Formsprache aus dem Wege geht, muß letzten Endes zu einer völligen Vernichtung der Rechtswissenschaft führen".

Dieses Verkennen des Wesens eines Rechtsbegriffes war es auch, das im Anstaltsrecht zu einer so ungeheuren Verwirrung und Unsicherheit geführt hat, sodaß der Anstaltsbegriff, schon immer heftig umstritten, schließlich völlig abgelehnt wurde.

Otto Mayer hat als erster den Anstaltsbegriff in seiner heute noch mit Abänderungen gelehrten Form fest-

1) Stadelmayer, a.a.O., S. 5/6.

gelegt. Er wird als der Schöpfer des modernen Anstaltsbegriffes angesehen. Er ist auch der Erste, der innerhalb des öffentlichen Unternehmens durch Aufstellen seines Anstaltsbegriffes die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht bewußt bewerkstelligt hat. Maunz hat dies klar erkannt[1]). Er führt hierzu aus; „Die Anstalt (O. Mayers) ist ein formaler Dachbegriff (für ganz verschiedene Dinge), denen hauptsächlich die Unterscheidung vom Privatunternehmen gemeinsam ist".

Wenn Stadelmayer[2]) erklärt, O. Mayer habe die Gegenüberstellung von öffentlicher Anstallt und Gewerbeunternehmung mit der Begründung abgelehnt, daß man bei dieser Unterscheidung nur mit eingebildeten Maßstäben arbeiten könne, (O. Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, II, 2 S. 476), so irrt er sich. O. Mayer hat ausdrücklich erklärt[3]), daß fiskalische Unternehmen, bei denen der Staat oder ein untergeordnetes Gemeinwesen mit seinem ganzen Tätigkeitszweig von vorneherein auf dem Boden der Privatwirtschaft steht, keine öffentliche Anstalt darstelle. Bei der von Stadelmayer angegebenen Stelle hat O. Mayer sich nur dagegen gewandt, daß die Gewinnerzielung und das Gewinnstreben für eine Trennung zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbebetrieb herangezogen werden könne. Denn hier handle es sich nur um einen „eingebildeten Maßstab". O. Meyer faßte die Eigenschaften des Begriffs öffentliche Anstalt zusammen. Wie weit er dabei der Wirklichkeit nahegekommen ist, ist nicht zu untersuchen. Aus seinem Vorwort (Deutsches Verwaltungsrecht, I, 2 S. IX) in dem er ein gewisses Maß von Freiheit beanspruchen zu müssen glaubt, „um auszuscheiden, was innerlich abgestorben oder wertlose Besonderheit ist, und dem, was lebendig und zukunftsreich dann zum rechten Wert zn verhelfen", geht allerdings hervor, daß O. Meyer bereit war, die Wirklichkeit beiseitezuschieben, wenn sie nicht in seine Theorie paßte. Diese

1) Maunz. Die Anstalt, S. 307.
2) Stadelmayer, a.a.O., S. 44.
3) O. Mayer, a.a.O., S. 473/474.

Art der Begriffsbildung führt naturgemäß zwangsläufig dazu, daß der Begriff unbrauchbar in der Luft hängt. Dies hat auch Stadelmayer erkannt. (a. a. O. S. 12). Wenn er aber das Recht, so zu verfahren, einem Meister wie O. Mayer, zubilligt, so kann ihm hierin nicht gefolgt werden. Nur der ist in der Wissenschaft Meister, der in seinen Theorien der Wirklichkeit am nächsten kommt. Prunkvolle, aber lebensferne Systeme nützen der Rechtswissenschaft nichts, sie schaden ihr nur. Doch sei dahingestellt, ob der Anstaltsbegriff O. Mayers im Augenblick seiner Aufstellung wirklichkeitsfremd war. Hier ist nur der gegenwärtige Rechtszustand zu untersuchen.

Obwohl infolge der Rechtsentwicklung der Anstaltsbegriff Mayers schon bald nicht mehr der Wirklichkeit entsprach, behielt man doch bis jetzt seinen Begriff unverändert oder fast unverändert bei[1]).

b) Zurückweisung von Angriffen.

Die vor 1933 bekanntesten und angesehensten Verwaltungsrechtler übernahmen den Mayer'schen Anstaltsbegriff ungeachtet großer Wandlungen innerhalb der öffentlichen Unternehmen in seltener Uebereinstimmung. Diese Tatsache mußte zu der Auffassung führen, der Anstaltsbegriff Mayers sollte als Dogma behandelt werden, an dem nichts zu ändern sei. Hiergegen sträubte man sich aber energisch. Die Gegnerschaft, schon immer groß, brach sich nach 1933 gewaltsam Bahn. Wie dies aber meist der Fall zu sein pflegt, schüttete man mancherorts das Kind mit dem Bade aus; man griff die Grundlagen des Anstaltsbegriffes an, wo es nur nottat, ihm einen der neuen Wirklichkeit angepaßten Inhalt zu geben. Als Vertreter dieser Ansicht seien Merkel, Maunz und Stadelmayer angeführt. Die beiden letzteren wollen den Anstaltsbegriff von der Trennung zwischen öffentlichem und pri-

---

1) Fleiner, a.a.O., S. 322; Sigloch, a.a.O., S. 9; Hatschek, Lehrbuch d. D. und preuß. Verw.Rechts, S. 496 und Jellinek, Verw.Recht, S. 513.

vatem Rechte loslösen, während Merkel[1]) den Anstaltsbegriff als veraltet, völlig ablehnt. Ihnen gegenüber stehen alle die, welche den Anstaltsbegriff in der alten Form beibehalten und ihn nur dem gegenwärtigen Stand der Dinge anpassen wollen.

aa) Stadelmayer.

Als erste sei die Ansicht Stadelmayers, der sich auch Laforet[2]) anschließt, vorgetragen.

In der Nachkriegszeit wurde die Unterscheidung zwischen öffentlichem Gewerbeunternehmen und öffentlicher Anstalt immer schwieriger, ohne daß aber die Trennung völlig weggefallen wäre. Stadelmayer erklärt nun[3]) daß die von jeher problematische Unterscheidung von öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbebetriebe durch die Nachkriegszeit den höchsten Grad der Fragwürdigkeit erreicht habe. Er läßt daher die Unterscheidung fallen und erklärt[4]), es gäbe nur öffentliche Anstalten, die gleichzeitig öffentliche Unternehmen betreiben, solche die keine betreiben (Sozialversicherung) und Unternehmen, die keine öffentlichen Anstalten sind (Handelsgesellschaften der öffentlichen Hand). Wie schon aus den Beispielen ersichtlich, sollen unter diesen letzteren Unternehmen nur Handelsgesellschaften, also Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. Kommanditgesellschaften etc. verstanden werden. Diese Unternehmen haben ihrer Natur nach privatrechtlichen Charakter, worauf schon oben hingewiesen wurde. Sie sind zu keiner Zeit als öffentliche Gewerbebetriebe bezeichnet worden, zumal ihr Charakter als öffentliches Unternehmen bezweifelt, wenn nicht gar abgelehnt wird[5]). Demnach führt also Stadelmayer das öffentliche Gewerbeunternehmen nicht mehr als öffentliches Unternehmen auf. Vielmehr nimmt er es in den Begriff

1) Merkel, Beispiele zur Neubildung des Gemeinschaftslebens, S. 230.

2) Laforet, a.a.O., S. 21.

3) Stadelmayer, a.a.O., S. 44.

4) Stadelmayer, a.a.O., S. 47.

5) Stadelmayer, S. 46/47.

der öffentlichen Anstalt mit hinein, und weist ihm hier in der Unterabteilung „Oeffentliche Anstalt“ die gleichzeitig Unternehmen betreibt, einen Platz an. Den heute herrschenden Anstaltsbegriff läßt er aber sonst unberührt. Nur insoweit steht er zu O. Mayer im Gegensatz, als er in der Anstalt eine reale Verbandspersönlichkeit sieht (S. 49), während O. Mayer die Anstalt als Bestand von einem öffentlichen Zweck dienenden Mittel definiert.

Es ist schon oben ausgeführt worden, daß ein jeder Rechtsbegriff, mithin auch der Begriff der öffentlichen Anstalt eine Trennung irgendwelcher Art voraussetzt. Der überkommene Anstaltsbegriff, den ja auch Stadelmayer im wesentlichen unverändert beibehält, wurde als Gegenbegriff zum öffentlichen Gewerbeunternehmen geschaffen[1]). Solange man den alten Anstaltsbegriff beibehält, muß man diese Trennung machen. Läßt man sie fallen, und faßt man das öffentliche Gewerbeunternehmen und die öffentliche Anstalt unter dem Begriff der öffentlichen Anstalt zusammen, so verliert dieser Begriff in der überlieferten Form jegliche Bedeutung. Er wird zur leeren Bezeichnung. Schmeller[2]) sagt richtig: „Für alle öffentlichen Unternehmen einen einheitlichen Begriff zu schaffen, ist zwecklos, da diese Unternehmen heterogener Natur sind. Sie sind zum Teil privatrechtliche, zum Teil öffentlich-rechtliche Gebilde, also verschiedener Wesensart, somit hat es auch keinen Sinn, den Begriff der öffentlichen Anstalt so weit zu fassen, daß darunter sowohl privatrechtliche als öffentlich-rechtliche staatliche und kommunale Unternehmungen fallen. Aus diesem Grunde muß das Kriterium des öffentlichen Rechts ein Hauptkriterium der öffentlichen Anstalt sein, sonst sagt der Begriff „öffentliche Anstalt“ juristisch gar nichts“. Stadelmayer hat also nur den alten Anstaltsbegriff ausgehöhlt, ohne etwas Besseres an seine Stelle zu setzen. Er hat mit seiner neuen Einteilung den beabsichtigten Erfolg, die ihm zu schwierige, „fragwürdige“ Unterscheidung von öffentlicher Anstalt und öffentlichem

1) Bühler, a.a.O., S. V.
2) Schmeller, a.a.O., S. 41.

Gewerbeunternehmen zu beseitigen, nicht erreicht. Er konnte es auch nicht, weil beide Begriffe nur Zusammenfassungen von Tatbeständen sind, die das Leben voneinander trennt. Noch gibt es öffentliche Gewerbeunternehmungen im alten Sinne, die sich sehr wohl von einer öffentlichen Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung in wichtigen Punkten unterscheiden, wie noch weiter unten gezeigt werden soll. Wenn man Stadelmayer folgen würde und die Trennung nicht mehr vornehmen wollte, so müßte man sie eben innerhalb des Anstaltsbegriffes bewerkstelligen und dort neue Begriffe bilden. Stadelmayer hat vor der Schwierigkeit der Trennung kapituliert. Aber diese Schwierigkeit muß in Kauf genommen werden. Sie darf bei der Frage, ob der Anstaltsbegriff beizubehalten und wie er zu gestalten ist, keine Rolle spielen. Allein die Notwendigkeit der Trennung ist maßgebend. Diese Notwendigkeit ist vorhanden, soiange eine Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht nach allgemeiner Rechtsanschauung besteht, und Verwaltungsaufgaben sowohl nach öffentlichem als auch nach privatem Recht vorgenommen werden können.

bb) Maunz.

Auch Maunz[1]) geht von der Schwierigkeit der Trennung aus. Er stellt, ähnlich wie Stadelmayer, die Trennung in Anstalt und Gewerbetrieb als etwas Vergangenes dar[2]) und erklärt, daß der herrschende Anstaltsbegriff praktisch in vielen Fällen keine absolut sichere Scheidung zwischen der öffentlichen Anstalt und der gewerblichen Interessen nachgehenden Regieverwaltung ermögliche. Das Entscheidende in der Anstalt sieht er in der ihr eigenen inneren Ordnung. Diese, so lehrt er, sei ihr Wesen, ihr innerer Kern. Mit keinem Wort erwähnt Maunz eine Unterscheidung zwischen Gewerbetrieb und Anstalt. Sie ist seinem Anstaltsbegriff fremd.

Auch in der Lehre von Maunz ist jedoch der Gegen-

1) Maunz, Die Anstalt, S. 307 ff.; Verwaltung S. 65 ff.
2) Maunz, Die Anstalt, S. 307.

satz nicht aufgegeben. Er vergleicht die Anstalt mit der Familie und dem Hause. In diesen Instituten erblickt er Ordnungsbereiche und sieht daher in der öffentlichen Anstalt ebenfalls einen solchen Ordnungsbereich. Er führt weiter aus[1]), daß die Anstaltsordnung, das tragende Prinzip der Anstalt, keiner Rechtsgrundlage in einem Rechtssatz, keiner staatlichen Delegation bedürfe, um vorhanden und wirksam zu sein. Die Anstaltsordnung seine keine abgeleitete Staatsgewalt, sondern der Zustand des Geordnetseins in einem konkreten Bereich. Der Staat finde die gewachsene Ordnung vor und arbeite mit ihr, ohne sie zu beseitigen. Durch diese Definition gelingt es Maunz, den Begriff der öffentlichen Anstalt so zu gestalten, daß er auch die von ihm entdeckte Eigenschaft der öffentlichen Anstalt, nach nichtdelegiertem Recht zu leben, umfaßt.

Es ist nun aber klar, daß von den beiden Arten des öffentlichen Unternehmens, der öffentlichen Anstalt und dem öffentlichen Gewerbebetriebe, der Gewerbebetrieb nicht nach eigenem Ordnungsrecht, sondern nach Gesetzesrecht lebt. Denn es ist ja gerade die Haupteigenschaft des fiskalischen Unternehmens, innerhalb des Privatrechts, also innerhalb der Regeln des HGB., BGB. usw. zu funktionieren[2]). Nach der Maunz'schen Definition der öffentlichen Anstalt kann also ein fiskalisches Gewerbe niemals öffentliche Anstalt sein[3]). Folglich unterscheidet auch Maunz die öffentliche Anstalt vom öffentlichen Gewerbebetrieb, wenn er sie zum Ordnungsbereich erklärt, dessen ureigenstes Merkmal das eigene Ordnungsrecht ist. Damit steht seine Anstaltsdefinition mit der Erklärung, die öffentliche Anstalt sei nicht mehr in Gegensatz zum öffentlichen Gewerbetrieb zu stellen, in Widerspruch. Auch seine Lehre enthält eine Unterscheidung zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbebetrieb. Maunz kann demnach nicht überzeugend dartun, daß die Tren-

1) Maunz, Die Anstalt, S. 309.
2) Hatschek, a.a.O., S. 511.
3) Jerusalem, Das Recht der öffentl. Anstalt, S. 286.

nung aufgeben werden muß. Der Gegensatz besteht nach wie vor[1]).

c) Begriffsmerkmale der öffentlichen Anstalt.

Es gilt nun, die Merkmale der von der allgemeinen Rechtsanschauung entweder der öffentlichen Anstalt oder dem öffentlichen Gewerbebetrieb unzweifelhaft zugewiesenen öffentlichen Unternehmungen zu erkennen und die Merkmale besonders herauszuheben, welche Anstalt von Gewerbebetrieb trennen. Aufgrund dieser Merkmale ist es dann für die Praxis möglich, ein öffentliches Unternehmen dem einen oder anderen Begriff unterzuordnen. Die herausgestellten Merkmale müssen tatsächlich vorhanden sein und sich konkret feststellen lassen. Hierzu ist vor allem die Rechtsordnung des öffentlichen Unternehmens heranzuziehen und aus ihr sind die klar erkenntlichen Merkmale zu entnehmen. Die Rechtsordnung wird entweder von der unternehmenden Körperschaft selbst oder aber vom Gesetzgeber gegeben. Es ist nicht ganz richtig, wenn mancherorts die These aufgestellt wird, der Gesetzgeber setze fest, ob das Unternehmen öffentliche Anstalt oder öffentlicher Gewerbebetrieb sein soll[2]). Der Gesetzgeber schafft lediglich die Ordnung des Unternehmens, das dann von der allgemeinen Rechtsanschauung zur Anstalt gestempelt wird. Natürlich kann er das von ihm geschaffene Unternehmen als öffentliche Anstalt bezeichnen. Jedoch erzwingt er damit nicht ohne weiteres, daß die allgemeine Rechtsanschauung dieses öffentliche Unternehmen nun wirklich als öffentliche Anstalt ansieht. Es ist möglich, daß die Bezeichnung „öffentliche Anstalt" ein leerer Name bleibt, und die Folgerungen, die sonst an den Begriff geknüpft werden, nicht gezogen werden. Natürlich wirkt die Gesetzgebung auf die Begriffsbildung ein, sodaß ein Begriff durch das Gesetz neue Eigenschaften er-

1) Köhler, Grundlehren, d. d. Verw.R., S. 326; Koellreutter, a.a.O., S. 122; Jerusalem, a.a.O., S. 286; Köttgen, Deutsche Verw., S. 138/9; Schmeller, a.a.O., S. 41; Bühler, a.a.O., S. 5.

2) Vgl. Schmeller a.a.O, S. 73.

halten und alte einbüßen kann. Auch kann das Gesetz strittige Merkmale eindeutig festlegen. Diese Tatsache widerspricht aber nicht dem oben dargelegten Wesen des Rechtsbegriffs, dessen Inhalt das Leben bestimmt. Denn auch der Gesetzgeber ist ein Teil des Lebens und stellt einen dieser unendlich vielen und verflochtenen Beweggründe und Ursachen dar, die das „Leben" ausmachen. Die Gesetzgebung ist für die Bildung des Rechtsbegriffes zwar von großer Bedeutung, jedoch nicht allein ausschlaggebend und auch nicht so markant, daß andere den Rechtsbegriff bedingende Ursachen völlig beiseitegeschoben werden dürfen. Andernfalls brauchte der Gesetzgeber nur den Inhalt eines Rechtsbegriffes zu bestimmen, um ihn für immer festzulegen. Dies aber ist unmöglich, wie jedermann einsehen wird. Will der Gesetzgeber ein Unternehmen zur öffentlichen Anstalt machen, so muß er sie so gestalten, daß sie von der allgemeinen Rechtsanschauung als öffentliche Anstalt angesehen wird.

Es wären nun folgerichtig zunächst einmal öffentliche Unternehmen heranzusuchen, die nach allgemeiner Lebens- und Rechtsanschauung dem Begriff der öffentlichen Anstalt oder des öffentlichen Gewerbeunternehmens angehören, um dann ihre sie unterscheidenden Merkmale festzulegen. Durch die jahrelange intensive wissenschaftliche Bearbeitung dieses Rechtsgebietes sind aber inzwischen die unterscheidenden Merkmale erschöpfend gefunden worden, sodaß es nur noch der Untersuchung bedarf, inwieweit diese Merkmale dem einen oder anderen Begriffe zu Recht zugewiesen sind und ob sie sich eignen, nach ihnen eine klare, wissenschaftliche Trennung zu bewerkstelligen.

aa) Das Außenverhältnis.

Grundsätzlich ist von dem Verhältnis des Unternehmens zum Benutzer auszugehen. Auf dieses Verhältnis ist schon oben eingegangen worden, jedoch ist hierzu noch folgendes zu bemerken: Das privatrechtliche Außenverhältnis ist nicht etwa allein Merkmal des öffentlichen

Gewerbebetriebes[1]). Auch Unternehmen, die nach allgemeiner Rechtsanschauung unzweifelhaft öffentliche Anstalten sind, verkehren mit ihren Benutzern privatrechtlich. Beispielsweise wird die Deutsche Reichsbahn allgemein als öffentliche Anstalt angesehen, obwohl sie zweifellos mit ihren Benutzern privatrechtliche Verträge abschließt, also ein typisch privatrechtliches Außenverhältnis besitzt[2]). Ist das Außenverhältnis privatrechtlich geregelt und liegen alle sonstigen nach HGB. erforderlichen Voraussetzungen zur Kaufmannseigenschaft vor, so ist das Unternehmen Kaufmann, gleichgültig, ob es als öffentliche Anstalt oder als öffentliches Gewerbeunternehmen organisiert ist. Demnach kann auch eine öffentliche Anstalt Kaufmann sein[3]).

Ist über das Außenverhältnis nichts gesagt, so ist aus sonstigen Merkmalen festzustellen, wann eine öffentliche Anstalt oder ein öffentliches Gewerbeunternehmen vorliegt, um hieraus die Rechtsnatur des Außenverhältnisses zu ergründen (vgl. S. 21).

bb) Die öffentliche Widmung.

Solch ein Unternehmensmerkmal wird in dem öffentlichen Widmungsakt erblickt. Wie eine öffentliche Straße erst durch eine Widmung zur öffentlichen wird, so wird ein Unternehmen erst durch öffentliche Widmung zur öffentlichen Anstalt. Es ist ein Prinzip des deutschen Verwaltungsrechts, daß eine Sache oder ein Unternehmen erst durch den Akt eines öffentlichen Hoheitsträgers der öffentlich-rechtlichen Sphäre zugewiesen wird. Jedenfalls liegt bei allen Sachen und Unternehmen, die dieser Sphäre nach allgemeiner Rechtsanschauung angehören, eine öffentliche Widmung vor. So bedarf auch die öffentliche Anstalt dieser Zuweisung, dieser Widmung. Sie ist ein

1) Schmeller a.a.O., S. 84.

2) Laforet a.a.O., S. 21; Hook, Der Rechtscharakter der kom. Gas-Wasser u. El.Werke usw., S. 43; Köhler a.a.O., S. 325; Peß, Das Recht der gemeindl. Betriebe u. Untern. in Bayern u. Preußen; Hoffmann, a.a.O., S. 27; Friedrichs DjZ. 1930 S. 490; a. A.: Hatschek, S. 499.

3) Stadelmayer a.a.O., S. 19.

der Anstalt innewohnendes Merkmal[1]). Da bei einem fiskalischen Unternehmen eine Widmung fehlt, so könnte sie ein Unterscheidungsmerkmal darstellen. Da sich aber für sie keine Form herausgebildet hat, und sie auch stillschweigend erfolgen kann[2]), ist es oft schwer oder unmöglich, die Widmung zu erkennen. Sie ist daher kein allgemein brauchbares Merkmal. Läßt sie sich jedoch eindeutig erkennen, so muß das Vorliegen einer öffentlichen Anstalt angenommen werden.

cc) Die öffentliche Aufsicht.

Als weiteres Merkmal der öffentlichen Anstalt wird in der Wissenschaft die von einem Hoheitsträger in öffentlich-rechtlicher Form ausgeübte Aufsicht genannt[3]). Die staatliche Aufsicht ist tatsächlich bei jeder öffentlichen Anstalt vorhanden. Sie liegt immer dann vor, wenn das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und dem unternehmenden Hoheitsträger öffentlich-rechtlich geregelt ist (z. B. Reichsbahn, preuß. Staatsbank, bayer. Staatsbank[4]). Das Merkmal der öffentlichen Aufsicht unterscheidet zuverlässig die öffentliche Anstalt von den Handelsgesellschaften, die von einem Hoheitsträger errichtet worden sind. Denn diese können von ihm kraft seiner Aktionär- oder Gesellschafterstellung nur privatrechtlich beaufsichtigt und gelenkt werden. Dagegen wird ein nicht verselbständigtes öffentliches Gewerbeunternehmen, genau so wie eine öffentliche Anstalt, von der Muttergemeinde kraft öffentlichen Rechts, nämlich auf dem Verwaltungswege, beaufsichtigt. Aus diesem Grunde ist eine Unterscheidung zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbebetrieb an dem Merkmal der hoheitlichen Aufsicht nicht möglich.

---

1) Koellreutter a.a.O., S. 122; Laforet a.a.O., S. 36; a. A.: Stadelmayer a.a.O., S. 52.

2) Jellinek, a.a.O., S. 509.

3) Vgl. Stadelmayer a.a.O., S. 51; Sperlich a.a.O., S. 53.

4) Stadelmayer a.a.O., S. 46.

dd) Zulassungszwang.

Dagegen kann der Zulassungszwang als Merkmal der öffentlichen Anstalt angesehen werden. Es ist eine Eigenart jeden Unternehmens, das nach allgemeiner Rechtsanschauung eine öffentliche Anstalt darstellt, daß es gezwungen ist, jedermann zur Verfügung zu stehen (falls es, wie dies für den engeren Anstaltsbegriff gilt, dem Publikum überhaupt Leistungen erbringt)[1]). Dieser Zwang in der Wissenschaft als Zulassungszwang bezeichnet, liegt in der öffentlich-rechtlichen Natur der öffentlichen Anstalt begründet. Denn im öffentlichen Recht gilt stets der Grundsatz der gleichmäßigen unterscheidungslosen Behandlung der Volksgenossen. Dieser Grundsatz fußt auf der These von der Gleichheit vor dem Gesetz[2]). Es steht dem Zulassungszwang nicht entgegen, daß bei manchen Anstalten nicht unterschiedslos jeder zugelassen wird, sondern nur bestimmte Gruppen von Benutzern. Hier wird der Zulassungszwang durch den Zweck der Anstalt eingeengt, der nicht erreicht werden könnte, würde man jedermann zulassen. Trotz dieser Einengung besteht aber ein Zulassungszwang, wenn auch nur innerhalb der zugelassenen Gruppe von Benutzern.

Ist der Zwang erkennbar festgelegt, wird man stets auf das Vorliegen einer öffentlichen Anstalt schließen können. Denn im Privatrecht ist der Zulassungszwang unbekannt. Er besteht daher auch nicht beim privatrechtlich organisierten öffentlichen Gewerbeunternehmen und wird damit zum Kennzeichen der öffentlichen Anstalt. Er ist auch das Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen öffentlicher Anstalt mit Privatrechtsnutzungsverhältnis und dem öffentlichen Gewerbebetrieb[3]). Diesen Unterschied hat Stadelmayer übersehen, als er eine Unterscheidung zwischen Gewerbebetrieb und öffentlicher Anstalt mit privatrechtlichem Außenverhältnis nicht mehr machen wollte.

Jedoch ist der Zulassungszwang nicht leicht zu er-

1) Hatschek a.aO., S. 498; Sperlich a.a.O., S. 46.
2) Neitzke, a.a.O., S. 31; Sigloch a.a.O., S. 45.
3) Hook, a.a.O., S. 43.

kennen, weil er in dem privatrechtlichen Kontrahierungszwang ein zum Verwechseln ähnliches Gegenstück gefunden hat. So werden auch oft Zulassungs- und Kontrahierungszwang verwechselt[1]).

Kraft Kontrahierungszwanges ist ein Privatunternehmer gezwungen, mit einem Anderen Verträge abzuschließen, auf Grund deren er Leistungen zu erbringen hat[2]). Ein Kontrahierungszwang kann kraft Gesetzes oder Statuts entstehen. Beispiele bieten § 453 HGB., § 3 Postgesetz, § 5 Telegraphengesetz. Hier spricht man von rechtlichem Kontrahierungszwang. Es kann aber auch ein tatsächlicher Kontrahierungszwang bestehen. Er ist meist bei Unternehmungen gegeben, die eine Monopolstellung einnehmen, wie Eisenbahn, Straßenbahnen, Wasser- und Elektrizitätswerke sowie Gasanstalten. Der Zwang zum Vertragsschluß wird hier daraus hergeleitet, daß die Verweigerung des Vertragsschlusses wegen der Monopolstellung des Unternehmers gegen die guten Sitten verstoßen würde[3]). Monopolstellung sowie gesetzliche und statutarische Begründung sind also Kennzeichen des Kontrahierungszwangs.

Sie sind jedoch keineswegs brauchbare Unterscheidungsmerkmale gegenüber dem Zulassungszwang, weil sie auch bei diesem Leistungszwang vorhanden sein können. Denn auch der Zulassungszwang wird meist durch Gesetz oder Statut festgelegt sein, und eine Monopolstellung ist häufig bei einem mit Zulassungszwang versehenem Unternehmen gegeben. Da aber der Kontrahierungszwang allein an diesen Merkmalen erkenntlich ist, und andererseits der Zulassungszwang gegenüber dem Kontrahierungszwang keine besonderen Eigenarten aufweist, so wird in den meisten Fällen eine Unterscheidung zwischen beiden Arten des Leistungszwanges nicht herausgefunden werden können. Damit entfällt der Zulassungszwang als ein stets brauchbares Kennzeichen der öffent-

1) Neitzke a.a.O., S. 26, 31.
2) Staudinger, Kom. zum BGB., I, Einl. zu § 145, 2 (S. 605).
3) Planck, Kom. z. BGB. I S. 385.

lichen Anstalt. Tritt er allerdings klar von dem Kontrahierungszwang unterschieden hervor, so ist das Vorliegen einer öffentlichen Anstalt anzunehmen.

ee) Unternehmenszwang.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß eine öffentliche Anstalt immer dann vorliege, wenn eine öffentliche Körperschaft zur Unterhaltung des Unternehmens gesetzlich gezwungen sei. So sei ein von einer Gemeinde unterhaltenes Wasserwerk stets eine öffentliche Anstalt, weil die Gemeinde aus gesundheitlichen Rücksichten nach § 35 des Seuchengesetzes vom 30. 1. 1900 (Gesetz zur Bekämpfung. gemeingef. Krankheiten, RGBl. S. 306) zu seiner Unterhaltung gezwungen sei[1]).

Diese Ansicht wäre richtig, wenn nach allgemeiner, gefühlsmäßiger Rechtsanschauung ein Wasserwerk stets als öffentliche Anstalt betrachtet würde. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr verhält sich die Rechtsanschauung in diesem Punkte völlig passiv. Wasserwerke werden ausschließlich von Kreisen und Gemeinden betrieben. Die gefühlsmäßige allgemeine Rechtsanschauung nimmt aber regelmäßig nur zu den Unternehmern des Reiches und der Länder Stellung, während bei Gemeinde- und Kreisunternehmen keine zweifelsfreie Zuweisung zu dem einen oder anderen Typ des öffentlichen Unternehmens erfolgt. Nur die Schulen der Gemeinden werden nach heutiger allgemeiner Rechtsanschauung stets als öffentliche Anstalten angesehen. Deshalb sind auch fast ausschließlich die Merkmale von Reichs- und Länderunternehmen als Merkmale der öffentlichen Anstalt herangezogen worden, während Kreis- und Gemeindeunternehmen meist nur durch Subsumtion unter den aus den Merkmalen der Reichs- und Länderunternehmen gewonnenen Begriff der öffentlichen Anstalt als solche erkennbar sind. Das Fehlen einer positiven Stellungnahme der allgemeinen Rechtsanschauung zu den Gemeindeunternehmen folgt aus den

1) Hook a.a.O., S. 17, 19; Sperlich, a.a.O., S. 45.

heftigen Schwankungen der Gemeindepolitik. Während Reich und Länder die Unternehmen lange Zeit hindurch in unveränderter Form beibehielten, und nur allmählich änderten, sodaß im Laufe der Zeit eine feste Stellungnahme zu ihnen erfolgen konnte, änderten die Gemeindeunternehmen so oft ihre Form, daß eine einheitliche Stellungnahme zu ihnen unmöglich ist. Zudem werden in ganz Deutschland Gemeindeunternehmen, die an sich dem gleichen Zwecke dienen, in mannigfach verschiedenartigen Formen betrieben. Maßgebend für das Aufstellen des Begriffsmerkmals Unternehmenszwang sind also allein Reichs- und Landesanstalten, wenn man von den Gemeindeschulen absieht. Da diese Anstalten aber stets aus freien Stücken und niemals durch Zwang errichtet werden, kann der Unternehmens-Zwang nicht als ein brauchbares Merkmal der Anstalt angesehen werden.

ff) Notwendige Beteiligung einer öffentlichen Körperschaft.

Im Anschluß an die schon oben [1]) erwähnte Leuthold'sche These ist die notwendige Beteiligung einer öffentlichen Körperschaft als Merkmal einer öffentlichen Anstalt aufgestellt worden.

Daß bei einer öffentlichen Anstalt stets Gemeinwesen als Unternehmer beteiligt sind, steht fest. Bei allen Unternehmen, die nach allgemeiner Anschauung als Anstalten klassifiziert sind, finden wir als Anstaltsherr eine öffentliche Körperschaft [2]). Hatschek [3]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß eine öffentliche Anstalt dann nicht vorliegt, wenn ein Privater im Anschluß an sein gemeinnütziges Unternehmen mit öffentlichen Hoheitsrechten ausgestattet wird, um eine Anstalt zu betreiben.

Ist nun auch die Beteiligung einer öffentlichen Körperschaft Merkmal der öffentlichen Anstalt, so ist andererseits aber auch die Beteiligung öffentlicher Körperschaften an privatrechtlichen Unternehmen, an Gewerbebetrieben

1) Siehe S. 10 d. Arb.
2) Jerusalem a.a.O., S. 285.
3) Hatschek a.a.O., S. 497.

möglich, sodaß aus der einfachen Beteiligung keine Unterscheidung zu gewinnen ist. Man hat deshalb auch die notwendige Beteiligung gefordert und damit ausdrücken wollen, daß bei der öffentlichen Anstalt nur Gemeinwesen und niemals Privatunternehmer beteiligt sein dürfen[1]). Daß die Gemeinde an einem Unternehmen notwendig beteiligt ist, wird jedoch wohl niemals im Statut oder durch Gesetz oder sonstwie zum Ausdruck gebracht sein, sodaß für das Vorhandensein dieses Merkmals keine Anzeichen vorhanden sein dürften. Vielmehr wird immer erst nach der Feststellung, daß eine öffentliche Anstalt vorliegt, gefolgert werden können, daß die betreibende öffentliche Körperschaft notwendig beteiligt ist. Schon oben ist auf dieses Dilemma hingewiesen worden, indem ausgeführt wurde, daß letzten Endes doch erforscht werden müsse, ob der Staat hoheitlich handle, und dann erst seine notwendige Beteiligung festgestellt werden könne. Die notwendige Beteiligung ist daher kein erkennbares Merkmal der öffentlichen Anstalt.

gg) Anstaltspolizei.

Da die Anstalt dem öffentlichen Rechte angehört und damit ein Stück hoheitlicher, politischer Staatsgewalt darstellt, so werden naturgemäß alle die Merkmale die Anstalt vom Gewerbebetrieb am markantesten scheiden, die diese hoheitliche Stellung wiedergeben, nämlich: Zwang, Befehl und Gewalt gegenüber den Benutzern.

Diese Zwangsgewalt kommt im Anstaltsrecht am ausdruckvollsten in der Form der Anstaltspolizei zur Geltung. Ueberall da, wo in einem öffentlichen Unternehmen der Benutzer einer hoheitlichen Polizeigewalt unterworfen ist, handelt es sich um eine offentliche Anstalt. Denn nur in den Unternehmen die nach allgemeiner Anschauung als öffentliche Anstalten zu betrachten sind, ist bisher Polizeigewalt ausgeübt worden.

Nun ist aber nicht jedes Recht, einen Benutzer zur ordentlichen Führung innerhalb des Unternehmens anzu-

1) Stadelmayer a.a.O., S. 49.

halten, stets polizeilicher Natur. Auch der Privatunternehmer übt ein solches Recht als Haus- oder Selbsthilferecht im Rahmen der Zivilgesetze aus. Die Polizeigewalt reicht über dieses Hausrecht hinaus. Dies ist z. B. in der Schule der Fall, wo der Lehrer die Schüler in strengerer Zucht hält als ein Hausherr. Enthält die Anstaltsordnung erkennbare Vorschriften, die eine über das allgemeine Haus- und Selbsthilferecht hinausreichende Polizeigewalt regeln, ist das betreffende Unternehmen als öffentliche Anstalt anzusehen[1]). Nicht immer aber kann diese Polizeigewalt zweifelsfrei festgestellt werden, nicht immer wird sie auch ausgeübt werden. So ist es z. B. möglich, daß eine öffentliche Bücherei, die nach allgemeiner Lebens- und Rechtsanschauung als öffentliche Anstalt angesehen wird oder sich durch andere Merkmale als öffentliche Anstalt erkennen läßt, ihren Benutzern gegenüber nur das gleiche Hausrecht ausübt, wie eine Privatbücherei. Daraus geht hervor, daß eine öffentliche Anstalt auch ohne Anstaltspolizeigewalt bestehen kann. Zusammenfaßend kann daher folgendes gesagt werden:

Ist bei einem Unternehmen hoheitliche Polizeigewalt erkenntlich, dann liegt eine öffentliche Anstalt vor. Aus dem Fehlen der Polizeigewalt kann jedoch nicht geschlossen werden, daß es sich bei dem betreffenden Unternehmen um ein öffentliches Gewerbeunternehmen handle. Demnach kann die Anstaltspolizei nicht als allgemein gültiges Unterscheidungsmoment gelten.

hh) Benutzungszwang.

Die herrschende Lehre erklärt des weiteren den Benutzungszwang für ein Merkmal der öffentlichen Anstalt[2]). Die Anschauung ist in dieser Form nicht ganz richtig. Im Gegensatz zur Anstaltspolizei als Merkmal der öffentlichen Anstalt, als eine ihr innewohnende Eigenschaft, ist der Benutzungszwang eine außerhalb der Anstalt und ihrer

1) Schmeller a.a.O., S. 85.

2) Hoffmann a.a.O., S. 16; Schmeller a.a.O., S. 79; Hatschek a.a.O., S. 498; Köhler a.a.O., S. 527.

Ordnung getroffene Maßnahme, die nur ein Merkmal der öffentlichen Anstalt schafft (öffentl.-rechtl. Außenverhältnis), jedoch kein solches Merkmal selbst darstellt.

Im deutschen Recht gibt es keine Anstalt, die aus ihrer Anstaltsgewalt heraus einen Benutzungszwang im technischen Sinne (§ 17 DGO.) festsetzt. Aus der Anstaltsordnung heraus kann der Benutzer nicht zur Benutzung gezwungen werden. Nicht der Anstaltsherr, sondern ein von ihm rechtlich verschiedener Dritter zwingt den Benutzer zur Entgegennahme von Leistungen aus Gründen, die mit dem Zweck der Anstalt nicht identisch sein müssen. So wird denn auch der Benutzungszwang nicht in der Anstaltsordnung sondern im Gemeindestatut festgesetzt. Das Gemeindestatut kann aber niemals als innere Ordnung der Anstalt betrachtet werden, sondern nur als eine äußere Anordnung, die das Bestehen einer Anstalt voraussetzt. Die Gemeinde, die den Benutzungszwang anordnet, ist rechtlich im Verhältnis zum Anstaltsherrn Dritter. Ist sie auch faktisch selbst Anstaltsherr, so handelt sie bei Festsetzung des Benutzungszwanges doch nicht als solcher. Vielmehr wird sie hierbei in ihrer Eigenschaft als Gemeinde, als Gemeinschaft der Einwohner, als Wohlfahrtsbehörde tätig.

Ist heute dadurch, daß die Gemeinde stets Anstaltsherr ist, und zugleich den Benutzungszwang festsetzt, die Erkenntnis von der rechtlichen Verschiedenheit dieser beiden Funktionsbereiche der Gemeinde erschwert, so wird sie aus dem früheren Rechtszustand, als noch die Polizei den Benutzungszwang festsetzte, klarer. Hier ist durch die faktische Verschiedenheit der handelnden Behörden die rechtliche Verschiedenheit eindeutig erkenntlich. Die heutige Aenderung besteht nur darin, daß die Maßnahmen der Polizei von der Gemeinde ausgeübt werden, sodaß sie bei Anordnung des Benutzungszwanges als Polizeibehörde tätig wird. Diese ordnungspolizeilichen Funktionen haben mit der Anstaltsordnung nichts zu tun.

Daß der Wohlfahrtszweck, der für den Benutzungszwang Voraussetzung ist, sowohl für diesen Zwang als

auch für die Begründung der Anstalt maßgebend ist, spielt keine Rolle. Denn die Gründe sind in ihrem Wesen doch verschieden. Soll die Begründung der Anstalt nur die Möglichkeit einer besseren Wohlfahrt herbeiführen, so soll der Benutzungszwang bessere Wohlfahrt erzwingen.

Ist nun der Benutzungszwang auch kein Merkmal der öffentlichen Anstalt, so schafft er doch zumindest ein solches Merkmal. War die Anstalt vorher Gerwerbeunternehmen, so wird sie durch den Benutzungszwang zur Anstalt. Dies bringt die Rechtsnatur des Benutzungszwanges mit sich.

Auf Grund des Benutzungszwanges ist der ihm Unterworfene gehalten, sich der Leistungen des Unternehmens zu bedienen, falls er ihrer bedarf. Ist z. B. für eine Wasserleitung Benutzungzwang vorgeschrieben, so ist der gesamte Wasserbedarf aus dieser Leitung zu decken. Solch ein Zwang kann nun nur in einem öffentlich-rechtlichen, hoheitlich bedingten Ueberordnungsverhältnis ausgeübt werden, nicht aber innerhalb privatrechtlicher Rechtsverhältnisse. Denn vornehmster Grundsatz des Privatrechts als eines Rechtes gleichgeordneter Rechtssubjekte ist die Freiheit des Vertragsschlusses. Niemand kann innerhalb des Privatrechts zur Abnahme von Leistungen gezwungen werden, es sei denn, er hätte sich durch freiwilligen Vertragsschluß gebunden. Auch dann aber ist die Erzwingung der Leistung durch Zwangsstrafe nicht möglich. Dagegen ist Eigenart des Benutzungszwanges, daß die Benutzung durch Zwangsstrafen erzwungen werden kann.

Der Benutzungszwang schließt also den freiwilligen Rechtsverkehr zwischen Gleichgestellten aus und schaltet damit das Privatrecht aus. Ist aber ein privatrechtlicher Verkehr nicht mehr möglich, so kann das Verhältnis zwischen Benutzer und Unternehmen nur noch öffentlich-rechtlichen Charakters sein. Wird also der Benutzungszwang angeordnet, so verwandelt sich das vorher privatrechtliche Außenverhältnis des Unternehmens ipso iure in ein öffentlich-rechtliches. Der öffentlich-rechtliche Verkehr mit den Benutzern ist Merkmal einer öffentlichen Anstalt.

Jedenfalls sind noch keine Fälle bekannt, in denen ein fiskalisches Gewerbeunternehmen mit den Abnehmern seiner Leistungen auf dem Boden des öffentlichen Rechts verkehrte[1]). So verwandelt also der Benutzungszwang ein öffentliches Gewerbeunternehmen in eine öffentliche Anstalt. Dies hat auch Hoffmann[2]) zum Ausdruck gebracht indem er ausführt, daß der Benutzungszwang eine öffentliche Anstalt schaffe. Unrecht hat er aber mit der Begründung, dies geschehe, weil der Anstaltsherr (Gemeinde) mit hoheitlicher Gewalt auftrete[3]).

Man kann also den Benutzungszwang als Anzeichen dafür betrachten, daß das Merkmal der öffentlichen Anstalt, das öffentlich-rechtliche Verhältnis zum Anstaltsbenutzer vorliegt. Insofern ist der Benutzungszwang ein untrügliches Kennzeichen für das Vorliegen einer öffentlichen Anstalt[4]), obwohl er an und für sich kein Merkmal der öffentlichen Anstalt darstellt. Er ist nun aber keineswegs bei allen öffentlichen Anstalten angeordnet, sodaß eine öffentliche Anstalt auch vorliegen kann, wenn kein Benutzungszwang besteht[5]). Folglich ist der Benutzungszwang kein absolut sicheres Kennzeichen, denn sein Fehlen besagt rechtlich nichts.

ii) Anschlußzwang.

Wie der Benutzungszwang, so wird auch der Anschlußzwang des öfteren als Merkmal der öffentlichen Anstalt hingestellt. Auch hier handelt es sich aber um eine von außen an das Unternehmen herangetragene Maßnahme und nicht um einen Teil der inneren Unternehmungsordnung. Würde aber der Anschlußzwang gleich dem Benutzungszwang das Verhältnis des öffentlichen Unternehmens zum Leistungsempfänger öffentlich-rechtlich gestalten, so könnte auch der Anschlußzwang als Anzeichen

1) Schmeller a.a.O. S. 83.

2) Hoffmann a.a.O., S. 47.

3) Vgl. Kerrl-Weidemann a.a.O., S. 206; Koellreutter a.a.O. S. 123.

4) Köhler a.a.O., S. 327.

5) Neitzke a.a.O., S. 26 und Hatschek a.a.O. S. 498.

für das Vorliegen eines Anstaltsmerkmales dienen und würde so auf das Bestehen einer öffentlichen Anstalt hinweisen. Dies ist aus dem Wesen des Anschlußzwanges aber nicht zu entnehmen.

Durch den Anschlußzwang wird bei Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses der Anschluß an eine von einem Unternehmen betriebene Einrichtung erzwungen, ohne daß jedoch die Abnahme von Leistungen gefordert wird. Der vom Anschlußzwang Betroffene ist nicht gehalten, seinen Bedarf bei dem Unternehmen zu decken, zu dessen Gunsten Anschlußzwang festgesetzt worden ist. Es steht ihm vielmehr frei, sich von anderen Unternehmungen mit den Leistungen versehen zu lassen, die das begünstigte Unternehmen anbietet[1]). Es blieb dem Einzelnen also trotz des Anschlußzwanges überlassen, ob er von dem Unternehmen Leistung annehmen will oder nicht. Nimmt er diese aber an, so handelt er dabei freiwillig und ohne Rücksicht auf den Anschlußzwang. Damit steht also der Anschlußzwang anders als der Benutzungszwang, einem freien Vertragsschluß des Benutzers mit dem Unternehmen nicht entgegen. Ein Privatrechtsvertrag wird durch den Anschlußzwang nicht ausgeschlossen und ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Unternehmen und Benutzer nicht geschaffen[2]). So kann das Unternehmen mit den Benutzern auch privatrechtliche Verträge abschließen, falls er es benutzen will[3]). Der Anschlußzwang begründet daher nicht das Anstaltsmerkmal des öffentlichen Rechtsverhältnisses zwischen Unternehmen und Einzelnem und kann deshalb nicht als Anzeichen für ein Anstaltsmerkmal gewertet werden.

Eine gewisse Bedeutung für die Feststellung einer öffentlichen Anstalt könnte der Anschlußzwang immer dann haben, wenn der Anschluß nur an Unternehmen erzwungen werden könnte, die öffentliche Anstalten sind. Allerdings

1) Surén-Lochelder, Deutsche Gemeindeordnung, S. 136; G. Mayer, Die wirtschaftl. Betätigg. d. Gemeinden, S. 47.

2) A. A.: Hook, a.a.O., S. 15, 19, 35, 44, 56.

3) A. A.: Kerrl-Weidemann a.a.O., S. 207.

wäre hier kein absolutes Merkmal gegeben, weil die Möglichkeit bestände, daß von der Behörde der Anschlußzwang auch an andere Unternehmen unzulässigerweise angeordnet werden könnte. Man müßte daher im Grunde genommen stets prüfen, ob die Festsetzung des Anschlußzwanges zulässig war, indem man nach sonstigen Merkmalen die öffentliche Anstalt feststellt. Jedoch könnte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Bestand einer öffentlichen Anstalt nicht abgeleugnet werden.

Nun setzt aber der Anschlußzwang keineswegs eine öffentliche Anstalt voraus. Vielmehr genügt ein fiskalisches Gewerbeunternehmen, ja sogar ein Privatunternehmen, wenn nur durch das Unternehmen das vom Anschlußzwang geschützte Rechtsgut (Volksgesundheit) genügend berücksichtigt wird[1]).

Der vom OVG.[2]) dagegen vorgebrachte Entwurf, ein Anschlußzwang könne nur bei einer entsprechenden Anschlußpflicht des Unternehmens angeordnet werden, die nur bei der öffentlichen Anstalt bestehe, sodaß deshalb Anschluß nur an Einrichtungen öffentlicher Anstalten erzwungen werden könne, ist nicht stichhaltig. Nur dann, wenn die Anschlußpflicht eine Zulassungspflicht wäre, kann man dieser Meinung folgen. Demgegenüber ist auf die amtliche Begründung zu § 18 DGO. hinzuweisen. Hier heißt es: „Zur Klarstellung wird im allgemeinen noch darauf hingewiesen, daß die in § 18 genannten Einrichtungen nicht notwendig im Eigentum der Gemeinde stehen müssen. Es genügt vielmehr, daß die Gemeinde sich auf derartige Einrichtungen im Wege des Vertrages oder sonstwie soweit Einfluß verschafft, daß ein allgemeines Benutzungsrecht der Einwohner zu angemessenen Bedingungen gesichert ist".

Voraussetzung des Anschlußzwanges ist also nur die Anschlußpflicht des Unternehmens gegenüber der den Zwang festsetzenden Behörde, nicht aber gegenüber dem

1) KG. Reichsverw.Bl. XIII, S. 409; Geyer, Der Anschlußzwang bei städt. Betrieben in Gesellschaftsform, S. 1512.

2) OVG. 42/241; 62/242 (RVerwBl. 13/317).

Benutzer, wie dies bei der Zulassungspflicht der Fall ist. Falls der Unternehmer mit der Behörde nicht identisch ist, wird die Pflicht gegenüber der festsetzenden Behörde durch privatrechtlichen Vertrag vereinbart. Diese vertraglich vereinbarte Pflicht ist kein Merkmal der öffentlichen Anstalt, vor allem aber auch kein Zulassungszwang. Wird der Anschlußzwang an ein Gemeindeunternehmen angeordnet, so kommt selbstverständlich eine vertragliche Vereinbarung der Anschlußpflicht in Betracht. Auch hier besteht aber die Anschlußpflicht nicht etwa in einem Zulassungszwang. Vielmehr ergibt sie sich aus der Verpflichtung der Gemeinde als politische Körperschaft gegenüber dem Staat, Einrichtungen zu unterhalten, die allen Einwohnern zugänglich sind und die allgemeine Wohlfahrt gewährleisten. Beim Zulassungszwang wird die Gemeinde dagegen als Anstaltsherr zur Leistung angehalten.

Wenn daher auch dem Anschlußzwang eine Anschlußpflicht gegenüberstehen mag, so weist doch das Bestehen dieser Pflicht nicht auf eine öffentliche Anstalt hin. Eine Anschlußpflicht neben der Zulassungspflicht ist als Merkmal einer öffentlichen Anstalt nicht zu erkennen. Eine Zulassungspflicht selbst ist sie nicht. Die Anschlußpflicht steht demzufolge dem Anschlußzwang zu Gunsten von Privatunternehmen nicht entgegen.

Abschließend kann gesagt werden, daß der Anschlußzwang nicht auf das Vorliegen einer öffentlichen Anstalt schließen läßt.

kk) Monopol, Regal, Enteignungsrecht.

Monopol, Regal und Enteignungsrecht können als Merkmale der öffentlichen Anstalt nicht gewertet werden.

Auf Grund des (rechtlichen) Monopols ist es dem Staat aus fiskalischen Interessen heraus ausschließlich vorbehalten, bestimmte Gegenstände, z. B Bernstein oder Branntwein, zu gewinnen, herzustellen, zu bearbeiten oder zu verkaufen. Durch das Regal wird der Staat aus öffentlichem Interesse heraus befähigt, gewisse Leistungen

unter Ausschluß anderer Unternehmer zu vollbringen. Als Beispiele seien Post uud Münzregal angeführt[1]).

Die öffentlichen Unternehmen, zu deren Gunsten entweder ein Regal oder ein Monopol besteht, sind von der allgemeinen Rechtsanschauung, ähnlich den Gemeindeunternehmen, weder definitiv als öffentliche Anstalt, noch als öffentlicher Gewerbebetrieb festgelegt worden. Daher sind weder Monopolisierung noch Regalisierung als zwingende Merkmale für eine öffentliche Anstalt oder einen öffentlichen Gewerbebetrieb anzusehen[2]).

Auch das Enteignungsrecht wird man nicht als Merkmal der öffentlichen Anstalt betrachten dürfen. Dieses Recht gehört ähnlich dem Benutzungs- und Anschlußzwang nicht zum inneren Wesen einer öffentlichen Anstalt, sondern wird ihr von außen aus irgend einem öffentlichen Interesse heraus verliehen. Dieses Interesse kann sowohl an einem Gewerbebetrieb wie an einer Anstalt bestehen. Es ist demnach von der Rechtsstruktur eines Unternehmens unabhängig, ob es ein Enteignungsrecht erhält. Aeußere, durch die innere Ordnung des Unternehmens nicht bedingte Gründe führen zur Begabung mit diesem Recht. Es kann daher zur Unterscheidung zwischen Anstalt und Gewerbebetrieb nicht herangezogen werden[3]).

Auch das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und seinen Arbeitskräften läßt keinen Schluß auf die Rechtsform des Unternehmens zu. Sowohl in einer öffentlichen Anstalt, wie auch in einem öffentlichen Gewerbebetrieb werden Beamte und Privatangestellte beschäftigt[4]).

Zusammenfassend kommt man zu dem Schluß, daß aus der positiven formellen Unternehmensordnung kein absolut gültiges Unternehmensmerkmal entnommen werden kann. Es gibt zwar Merkmale, deren Vorhandensein mit Bestimmtheit auf eine öffentliche Anstalt schließen lassen, wie Zulassungszwang, Widmung und Anstaltspo-

1) Vgl. Jellinek a.a.O., S. 399.
2) Schmeller a.a.O., S. 87.
3) Schmeller, a.a.O., S. 87/8.
4) Neitzke, S. 27.

lizei und auch das untrügliche Kennzeichen des Benutzungszwanges, aber ihr Fehlen läßt nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß ein Gewerbeunternehmen vorliegen müsse. Aus der formellen Rechtsordnung läßt sich kein Merkmal finden, nach dem jedes Unternehmen entweder als öffentliche Anstalt oder als öffentliches Gewerbeunternehmen unbedingt zu erkennen ist.

II) Der Unternehmenszweck.

Man ist daher gezwungen zu versuchen, ein durchgängiges Unterscheidungsmerkmal aus dem Motiv zu entnehmen, das zur Unterhaltung des Unternehmens geführt hat. Läßt sich bei allen von der allgemeinen Rechtsanschauung als öffentliche Anstalt erkannten Unternehmungen ein sie von allen Gewerbeunternehmen scheidendes Motiv entdecken, dann müßte dieses Motiv zur Unterscheidung herangezogen werden, da alle formalen Erkennungsmerkmale versagen.

Der Grund für die Errichtung und Unterhaltung eines Unternehmens ist sein materieller Zweck. Ist dieser Zweck bei den öffentlichen Anstalten ein anderer als bei den Gewerbeunternehmen, dann muß der Zweck als Unterscheidungsmerkmal dienen.

Dieses Unterscheidungsmerkmal ist hart umstritten.

Kormann[1]) weist darauf hin, daß die Verwendung materieller Zweckmomente für die juristische Begriffsbildung immer etwas mißliches hat. Die Rechtswissenschaft sei nun einmal in einem besonderen Sinne eine formale Wissenschaft und werde immer Neigung zeigen müssen, materielle Momente, die schwer feststellbar und in erheblichem Maße von der Auffassung des Beurteilenden abhängig seien, zu Gunsten der äußerlich leicht erkennbaren formalen Momente zurückzudrängen. Diesen Ausführungen ist im allgemeinen zuzustimmen. Jedoch ist oben darauf hingewiesen worden, daß formale Momente nicht in allen

1) Kormann, Erhebung öffentlicher Abgaben für die Kostendeckung „gewerblicher Unternehmungen“ von Gemeinden und Kommunalverbänden, S. 395.

Fällen ausreichen, um die Rechtsnatur eines öffentlichen Unternehmens zu ergründen; es muß deshalb auf materielle Merkmale oft zurückgegriffen werden. Daß die materiellen Momente in erheblichem Maße von der Auffassung des Beurteilenden abhängig sind, muß zugegeben werden. Wie aber schon bei der Begriffsbildung gezeigt worden ist, spielt die allgemeine Rechts- und Lebensanschauung im Rechtsleben eine derart überragende Rolle, daß das Taktgefühl des Beurteilers letzten Endes für die richtige Erfassung und Verarbeitung der Rechtstatbestände in vielen Fällen ausschlaggebend sein muß. Gewiß kann die Rechtswissenschaft nicht ohne Form leben, beruht doch auf der Form zum größten Teil die Rechtssicherheit. Jedoch darf die Form nicht als einzig berechtigter Weg hingestellt werden, zumal dann, wenn sie offensichtlich versagt. Hier müssen andere Momente zur Erzielung lebensgetreuer Ergebnisse herangezogen werden. Kormann hat sich wohl auch dieser Einsicht nicht verschlossen, denn er lehnt nur grundsätzlich eine Verwendung materieller Zweckmomente ab, ohne sie aber völlig zu verbieten.

Im Anschluß an Kormann versagt Jerusalem[1]) dagegen der Verwendung des Zweckmomentes jede Berechtigung. Er stellt fest, daß das Moment, nach dem sich der öffentliche oder privatrechtliche Charakter staatlicher Verwaltung bestimmt, kein materielles, wie etwa der Zweck sondern lediglich ein formelles sein darf. Entscheidend sei, so führt Jerusalem aus, wie die staatliche Verwaltung in concreto gestaltet ist[2]). Jerusalem ist nicht beizustimmen. Nicht die Rechtswissenschaft und nicht der Gesetzgeber bestimmen wann eine öffentliche Anstalt vorliegt oder wann nicht, sondern einzig und allein die allgemeine gefühlsmäßige Lebensanschauung. Diese Anschauung aber kennt keine Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Momenten. Wenn nun die Rechtswissenschaft

1) Jerusalem a.a.O., S. 286. Vgl. auch Stadelmayer, a.a.O., Seite 52.

2) Ebenso Schmeller a.a.O., S. 67, 72, 73.

die Erkenntnismerkmale von Anstalt und Gewerbeunternehmen heraussucht, warum soll sie die formellen Unterscheidungsmerkmale allein gelten lassen, obwohl sie nicht ausreichen, wenn neben den formellen evtl. ausreichende materielle bestehen? Es ist nicht einzusehen, weshalb zwischen beiden Momenten derart stark unterschieden werden soll.

Wird nun das Moment des materiellen Zweckes als Unterscheidungsmerkmal zugelassen, so wird man dann eine öffentliche Anstalt für vorliegend erachten können, wenn ein vorwiegend öffentlicher Zweck gegeben ist und das Vorliegen eines Gewerbetriebes dann, wenn ein fiskalischer Zweck das Unternehmen beherrscht. Als solch fiskalischer Zweck ist die Gewinnabsicht anzusehen.

Schon oben ist darauf hingewiesen worden, daß die Unterscheidung fiskalischer und hoheitlicher Verwaltung nach überwiegenden Zwecken oder was dasselbe ist, Interessen höchst problematisch ist. Die Schwierigkeit besteht darin, konkrete Merkmale für das Ueberwiegen des einen oder anderen Zweckes zu finden[1]).

Da der fiskalische Zweck in der Erzielung von Gewinnen besteht, so könnte man der Meinung sein, daß aus dem Gewinn oder der Gewinnabsicht des öffentlichen Unternehmens ein brauchbares Merkmal für das Vorliegen eines Gewerbeunternehmens abgeleitet werden kann. Es steht aber fest, daß Unternehmen, die stets als öffentliche Anstalt angesehen werden, großen Gewinn erzielen und auch zu erzielen beabsichtigen, ohne daß jedoch ihr Charakter als öffentliche Anstalt hierdurch beeinträchtigt würde[2]). Beispielsweise sei nur die Reichsbahn und die Reichspost erwähnt. Als Merkmal könnte jedoch dienen, daß bei allen öffentlichen Anstalten über die Gewinnerzielung hinaus noch ein besonderer, ihrem öffentlichen

1) Köttgen, D. Verwaltung, S. 139; Schmeller a.a.O., S. 39.

2) Hook a.a.O., S. 8; Hoffmann a.a.O., S. 22, 23, 56; Sigloch a.a.O., S. 36; Schmeller a.a.O., S. 40, 65, 73; RG. in JW. 1931, I, S. 6323; Köttgen, Deutsche Verwaltung, S. 139; Sperlich a.a.O., S. 40, 51; Koellreutter, S. 122; Stadelmayer a.a.O., S. 45, 49.

Charakter entsprechender Gemeinschaftszweck verfolgt wird und daß das Unternehmen in gemeinnütziger Absicht betrieben wird. So soll die Reichsbahn nicht nur Gewinn erzielen, sondern vor allem einen im politischen Interesse liegenden einwandfreien Verkehr der Volksangehörigen im Deutschen Reiche ermöglichen. Die Reichspost hat ähnliche Aufgaben. Die Reichsbank soll nicht nur Gewinn erzielen, sondern vor allem eine einheitliche Geldwirtschaft ermöglichen. Die Schule soll das Bildungsniveau des Volkes heben. Diesen Unternehmen ist allen ein über die bloße Gewinnabsicht hinausgehender politischer Aufgabenkreis gemeinsam. Gewiß wird demgegenüber auch ein öffentliches Gewerbeunternehmen in vielleicht sehr ausgeprägter Weise einem speziellen öffentlichen Interesse dienen sollen[1]), jedoch wird die Gewinnabsicht immer im Vordergrunde stehen.

Läßt sich das Hervortreten der Gewinnabsicht oder andererseits des politischen Zwecks aus konkreten Anzeichen einigermaßen feststellen, so kann hieraus auf das Vorliegen eines öffentlichen Gewerbetriebes oder aber einer öffentlichen Anstalt geschlossen werden[2]). Als Anhaltspunkte können u. a. die geschichtliche Entwicklung des Unternehmens, seine örtliche Lage, seine Einrichtung und dergl. mehr dienen[3]). Allgemein gültige Regeln lassen sich nicht aufstellen, da die Verhältnisse zu vielgestaltig sind.

d) Rechtsvermutung für die öffentliche Anstalt.

Sperlich[4]) weist mit Recht darauf hin, daß solange an der öffentlich-rechtlichen Natur des Unternehmens festzuhalten ist, als es objektiv einen vorwiegend öffentlichen Zweck verwirklicht. Erst, wenn sich aus positiven Merkmalen ein Ueberwiegen der Gewinnabsicht feststellen

1) Köttgen, Deutsche Verw., S. 138.

2) Köhler, a.a.O., S. 326f.; Neitzke a.a.O., S. 18. Sperlich a.a.O., S. 42. A. A.: Laforet a.a.O., S. 37; Schattenfroh, Kom. zur DGO., S. 73.

3) Hook, S. 9; Stadelmayer, S. 53.

4) Sperlich a.a.O., S. 43.

läßt, wird das Unternehmen als dem Privatrecht angehörig zu betrachten sein[1]).

Die Tendenz unseres Rechtslebens geht jedenfalls heute dahin, daß Verwaltungsorgane objektiv öffentliche Zwecke im Rahmen des öffentlichen Rechts, des Verwaltungsrechts verfolgen; die widerlegliche Vermutung spricht daher für eine öffentliche Anstalt. Dies stimmt auch mit der oben dargelegten Anschauung überein, daß nach heutiger Rechtsanschauung der Staat grundsätzlich hoheitliche Funktionen ausübt.

Stadelmayer[2]) wendet sich gegen eine solche Vermutung, obwohl er selbst ausführt, daß die privatrechtliche Regelung des öffentlichen Unternehmens als Ausnahme betrachtet werden muß[3]). Wenn keine ausdrückliche Regelung vorliegt, so führt Stadelmayer aus, so sei das Vorhandensein einer öffentlichen Anstalt oder eines öffentlichen Gewerbeunternehmens aus der Prüfung des individuellen Tatbestandes unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Unternehmens festzustellen. Der Wille des Anstaltsträgers oder des Gesetzgebers sei allein maßgebend. Stadelmayer hat insofern Recht, als durch entgegenstehende positive Merkmale die Vermutung widerlegt werden kann. Fehlt aber jedes Merkmal, dann tritt die Vermutung in den Vordergrund. Stadelmayer begeht den Fehler, sich zu sehr an die Form zu halten und der allgemeinen Rechtsanschauung zu geringe Bedeutung beizumessen. Die Form ist lediglich konkrete Tatsache, die erst von der allgemeinen Rechtsanschauung zum Begriffsmerkmal gestempelt wird.

Da man aber in unserem heutigen Rechtsleben eine Tendenz feststellen kann, nach der von der allgemeinen Rechtsanschauung ein öffentliches Unternehmen grundsätzlich als öffentliche Anstalt angesehen wird, so kann man aus dieser Tendenz eine Vermutung herauskristalli-

1) Hoffmann a.a.O., S. 24.
2) Stadelmayer, S. 52.
3) Stadelmayer, S. 40.

sieren, derzufolge ein öffentliches Unternehmen grundsätzlich als Anstalt betrachtet werden muß[1]).

Abschließend kann folgendes gesagt werden: ist das Außenverhältnis nicht zweifelsfrei geregelt, so ist es öffentlich-rechtlicher Natur, falls eine öffentliche Anstalt festgestellt werden kann und privatrechtlicher Natur, wenn aus den vorhandenen Merkmalen ein öffentlicher Gewerbebetrieb angenommen werden muß. Die Vermutung spricht in Zweifelsfällen für die öffentliche Anstalt.

III. Die Kaufmannseigenschaft öffentlicher Körperschaften und Unternehmungen.

1. Allgemeines.

Hat man festgestellt, daß das öffentliche Unternehmen, sei es öffentliches Gewerbeunternehmen, sei es eine öffentliche Anstalt, mit seinen Benutzern in privatrechtlichen Beziehungen steht, dann ist zu prüfen, inwieweit die öffentliche Körperschaft durch das Betreiben des Unternehmens Kaufmannseigenschaft erwirbt.

Daß es einer öffentlichen Körperschaft möglich ist, als Kaufmann aufzutreten, ist unschwer aus § 36 HGB. zu erkennen, der öffentliche Körperschaften von einer Eintragungspflicht in das HGB. entbindet. Diese Bevorzugung der Körperschaft setzt voraus, daß auch für sie grundsätzlich eine Eintragungspflicht bestehen würde, wäre diese Bestimmung nicht vorhanden. Da aber nur Kaufleute eintragungspflichtig sind (§§ 2, 29 HGB.) so billigt der Gesetzgeber der öffentlichen Körperschaft Kaufmannseigenschaft zu wie jedem Privatmann[2]).

2. Merkmale der Kaufmannseigenschaft.

Wann nun Kaufmannseigenschaft gegeben ist, ist nach den § 1 ff. HGB. zu bestimmen. Nach § 1 HGB. ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Als Handelsgewerbe gilt grundsätzlich jedes Gewerbe, in dem eine

1) Koellreutter, S. 123; a. A.: Sperlich, S. 53.
2) Staub, Kom. zum HGB., S. 252.

in § 1 Abs. 2 HGB. bezeichnete Art von Geschäften betrieben wird.

a) Gewerbebetrieb.

Was der Gesetzgeber unter Gewerbebetrieb versteht ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen[1]). Er legt dem Gesetzbuch einen Begriff zugrunde, der vom Leben her bestimmt wird. Die allgemeine Lebensanschauung ist ausschlaggebend[2]).

aa) Unternehmen.

Der Gewerbebetrieb setzt zunächst ein Unternehmen voraus. Auch dieser Begriff ist vom Leben diktiert. Wieder sind also die übereinstimmenden Merkmale aller der Tatbestände zu sammeln, die nach allgemeiner Lebensanschauung als Unternehmen betrachtet werden um den Unternehmensbegriff zu bestimmen. Im wesentlichen ist dies in der Rechtswissenschaft schon geschehen und man kann sich der Definition Schmellers[3]) anschließen, der das Unternehmen als eine Vereinigung von Sachgütern und Arbeitskräften ansieht, die durch einheitliche Zweckbestimmung der Produktion marktfähiger Güter und Dienstleistungen zusammengehalten wird. Hinzugefügt muß jedoch noch werden, daß ein wesentliches Merkmal des Unternehmens die organisatorische Einheit aller Güter, Arbeitskräfte und Beziehungen ist, mittels deren der Kaufmann sein Gewerbe betreibt, sowie die Funktionsbereitschaft dieser organisatorischen Einheit[4]).

bb) Verkehrsmäßiger Betrieb.

Der Begriff des Gewerbebetriebes setzt weiterhin einen Betrieb voraus, der im Verkehr mit der Allgemein-

1) Locher, Handels-, Wechsel-, Seerecht, S. 1194; Staub a.a.O., S. 30; Koenige, Handausgabe des HGB., S. 3/4; Weber, Besitzen die öff. Sparkassen Kaufmannseigensch.? S. 10.

2) Koenig, S. 3/4; Locher a.a.O., S. 1195; J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 38.

3) Schmeller a.a.O., S. 7.

4) Locher a.a.O., S. 1204.

heit steht. Kein Gewerbebetrieb ist daher ein Unternehmen, daß dem Eigengebrauch der öffentlichen Körperschaft dient, wie beispielsweise eine Militäreisenbahn[1]).

Nicht notwendig ist, daß die Benutzung des Unternehmens ausnahmslos jedermann zusteht. Bestimmte Personenkreise, z. B. Jugendliche, Ausländer usw. können ausgeschlossen sein. Nur darf der Betrieb nicht auf bestimmte Personen beschränkt sein[2]).

cc) Gewinnabsicht.

Alle Unternehmen, die nach allgemeiner Lebensanschauung Gewerbebetriebe sind, werden in Gewinninteresse betrieben, sodaß die Gewinnabsicht ein Hauptmerkmal des Gewerbebetriebes ist[3]). Mit Recht wurde die Kaufmannseigenschaft einer Gemeinde verneint, die im Jahre 1917 Lebensmittel beschaffte und an ihre Einwohner nur deshalb abgab, um die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, ohne damit Gewinne erzielen zu wollen[4]).

Mit dem Betrieb wird bezweckt, ein Ueberwiegen der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen. Hierdurch unterscheidet sich die Gewinnabsicht von der Absicht, den Betrieb wirtschaftlich rentabel zu gestalten[5]). Bei beabsichtigter Rentabilität sollen nur die Unkosten des Betriebes gering gehalten oder evt. aufgebracht werden. Diese Absicht wirtschaftlicher Betriebsführung liegt auch dann nur vor, wenn ein Reservefond gebildet werden soll, oder Ersparnisse für Zeiten schlechter Konjunktur zurückgelegt werden sollen. Auch hier sollen letzten Endes nur die Betriebskosten aufgebracht, nicht aber ein Ueberschuß erzielt werden[6]).

1) Düringer-Hachenburg, a.a.O., S. 15.
2) Ehrenberg, Handb. des ges. HR., S. 23.
3) Hook, a.a.O., S. 6; Weber, S. 23/4; Locher, a.a.O., S. 1195; Koenige, a.a.O., S, 6, 7; Düringer-Hachenburg, a.a.O., S. 150.
4) OLG. in LZ. 17/556; JW. 17/374; Neitzke, a.a.O., S. 23; Düringer-Hachenburg, a.a.O., S. 150/151.
5) Weber, a.a.O., S. 12.
6) Staub, a.a.O., S. 31, 33, 252; Weber, a.a.O., S. 19, 20, 21, 24/5; Dür.-Hach., a.a.O., S. 150/1.

Gleichgültig ist, wozu der Gewinn verwandt wird. Auch wenn er politischen, wissenschaftlichen, religiösen oder gemeinnützigen Zwecken dienen soll, kann eine Geabsicht nicht verneint werden [1]).

Der Gewinn muß nicht für jedes innerhalb des Unternehmens vorgenommene Geschäft angestrebt werden. Es schadet nichts, wenn bei dem einen oder anderen Geschäft bewußt ein Verlust in Kauf genommen wird, wenn nur die allgemeine Tendenz des Geschäftsgebahrens auf Gewinnerzielung abzielt [2]). Jedoch muß ein dauernder Gewinn beabsichtigt sein. Der Wille muß von vornherein auf den Abschluß einer ganzen Reihe von Handelsgeschäften gerichtet sein, die ein zusammenhänges Ganzes bilden. Die Absicht, nur hier und da einmal Gelegenheitsgeschäfte zu machen, genügt nach allgemeiner Verkehrsanschauung nicht, um einen Gewerbebetrieb entstehen zu lassen. Jedoch braucht nicht beabsichtigt zu sein, für immer oder auch nur für längere Zeit den Betrieb aufrecht zu erhalten. Es genügt, wenn nur für eine kurze Zeit, z. B. während einer Messe, ein dauernder Gewinn angestrebt wird [3]).

Gleichgültig ist, ob tatsächlich Gewinn erzielt wird [4]).

Allen im Rechtsleben als Gewerbebetrieb erachteten Unternehmen ist gemeinsam, daß die Ansicht nach außen erkenntlich wird. Eine Person, die zwar die Absicht hat, Gewinne zu erzielen, diese Absicht aber der Außenwelt nicht irgendwie kundtut, wird nicht als Gewerbetreibender angesehen [5]).

---

1) Neitzke, a.a.O., S. 35; Weber, a.a.O., S. 25; Koenige, a.a.O., S. 5; Staub, a.a.O., S. 33.

2) Silberschmidt, Zur Kaufmannseigenschaft der juristischen Personen, S. 215; Koenige, a.a.O., S. 7; Dür.-Hach., a.a.O., S. 151; Staub, a.a.O., S. 31.

3) Koenige, a.a.O., S. 6; Dür.-Hach., a.a.O., S. 149, 152; Staub, a.a.O., S. 30.

4) Koenige, a.a.O., S. 37; Dür.-Hach., S. 151.

5) J. v. Gierke, a.a.O., S. 38; Koenige, a.a.O., S. 6; Dür.-Hach., a.a.O., S. 149, 151, 152; Locher, a.a.O., S. 1195. A. A.: Staub, a.a.O., S. 34.

Eine Reihe von Schriftstellern sind der Ansicht, daß die Gewinnerzielung Hauptzweck des Unternehmens sein muß, während andere Zwecke zurücktreten müßten. Richtig ist, daß die allgemeine Rechtsanschauung dann stets einen Gewerbebetrieb annimmt, wenn die Gewinnerzielung Hauptzweck des Unternehmens ist. Jedoch werden auch Unternehmen, bei denen das Ueberwiegen der Gewinnabsicht über andere, z. B. politische, soziale, religiöse Interessen, durchaus nicht eindeutig feststeht, als Gewerbebetriebe angesehen. So kann vor allem eine öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung, bei der ja, wie oben gezeigt, stets das politische Interesse gegenüber dem Gewinninteresse überwiegt, durchaus als Gewerbebetrieb (nicht identisch mit den öffentlichen Gewerbeunternehmen) betrachtet werden und Kaufmannseigenschaft haben. Dies kann z. B. bei der Deutschen Reichsbahn zweifelsohne angenommen werden[1]). Die Regel ist, daß Unternehmen, die in Gewinnabsicht betrieben werden, von der allgemeinen Rechtsanschauung als Gewerbebetriebe betrachtet werden ohne Rücksicht darauf, ob noch andere, vielleicht überwiegende Zwecke verfolgt werden[2]).

Das Leben ist jedoch von verwirrender Buntheit und nicht restlos in die Formen der Logik hineinzuzwingen. Das Reichsgericht[3]) hat entscheiden müssen, daß eine Kirchengemeinde nicht schon dann ein Gewerbe betreibt, wenn sie die Totenbestattung vornimmt und dabei auch Gewinn zu erzielen trachtet. Das Reichsgericht hat richtig erkannt, daß ein solches Leichenbestattungsunternehmen, das vor allem einen weihevollen Totenkult ermöglichen soll, von der allgemeinen Lebensanschauung nicht als Gewerbetrieb angesehen wird. Der Unterschied zu einem anderen Betriebe konnte aber nur in dem Zweck des Unternehmens gesucht werden, sodaß das Reichsgericht zu dem Schluß kam, daß bei einem Ueberwiegen anderer

1) Stadelmayer, S. 19; a. A.: Neitzke, S. 35; Wieland, Handelsrecht, S. 89.

2) RGZ. 116/229; Silberschmidt, a.a.O., S. 213; J. v. Gierke, a.a.O., S. 44/45; Wieland, a.a.O., S. 88; Dür.-Hach., a.a.O., S. 150.

3) RGZ. 132/367 ff.

Zwecke über die Gewinnabsicht das Vorliegen eines Gewerbebetriebes zu verneinen ist[1]). Ob diese Ansicht in der vom Reichsgericht ausgesprochenen allgemeinen Form haltbar ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls muß zugegeben werden, daß das Leben in einzelnen Fällen trotz vorhandener Gewinnabsicht das Bestehen eines Gewerbebetriebes ablehnt. Jedoch sind noch genügend ähnlicher Fälle bekannt, sodaß der allgemeine Satz, daß bei Ueberwiegen anderer Zwecke über die Gewinnabsicht kein Gewerbebetrieb vorliege, wie ihn das Reichsgericht aufstellt, durch die Wirklichkeit noch nicht genügend bestätigt ist.

Jedenfalls hat J. v. Gierke unrecht, wenn er eine Grenzziehung in dieser Form deshalb ablehnt, weil sie unsicher sei und dem Gesetz nicht entspreche. Das Gesetz schweigt zu diesem Problem. Die Unsicherheit aber besteht nur, weil es der Wissenschaft nicht gelingen will, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zu finden. Schon oben aber wurde darauf hingewiesen, daß oft nur der gesunde Menschenverstand verbunden mit einem ausgeprägten Rechtsgefühl zu richtigen Entscheidungen führen kann. Die hierin begründete Unsicherheit darf nicht zur Primitivisierung unseres Rechts führen, indem man vom Leben geforderte Unterscheidungen zu machen unterläßt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß grundsätzlich dann ein Gewerbebetrieb vorliegt, wenn das Unternehmen mit Gewinnabsicht betrieben wird. Von diesem Grundsatz können Ausnahmen gegeben sein, deren Merkmal aller Wahrscheinlichkeit nach in einem merklichen Zurücktreten der Gewinnabsicht gegenüber anderen Zielen bestehen wird. Ob eine solche Ausnahme vorliegt, wird nur im Einzelfalle feststellbar sein.

b) Handelsgewerbe.

Ein Gewerbebetrieb wird nun zum Handelsgewerbe:
1. kraft Gegenstands des Unternehmens (§ 1 Abs. 2 HGB.)
2. kraft Anlage des Unternehmens und Eintragung in das Handelsregister (§§ 2, 3 HGB.).

1) So auch Staub, a.a.O., S. 33.

Betreibt eine öffentliche Körperschaft ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB., so ist sie ipso iure Kaufmann mit allen seinen Rechten und Pflichten[1]). Ausnahmen von dieser Regel können nur gesetzlich festgelegt werden, wie es z. B. im § 452 HGB. für die Reichspost geschehen ist[2]). Eine Bevorzugung besteht nach § 36 für die Unternehmen des Reiches, der Länder und der inländischen Kommunalverbände. Diese unterliegen nicht der nach § 29 HGB. bestehenden Pflicht, ihre Firma anzumelden. Jedoch fallen hierunter nur die unselbständigen Unternehmen dieser öffentlichen Körperschaften. Soweit die Unternehmen eigene Rechtspersönlichkeit haben, sei es daß sie als öffentliche Anstalten, sei es, daß sie als öffentliche Gewerbebetriebe aufgebaut sind, fallen sie nicht unter § 36 HGB. und sind eintragungspflichtig[3]).

Liegt ein Hundelsgewerbe nach §§ 2 und 3 des HGB. vor, so wird die öffentliche Körperschaft nur mit Eintragung in das Handelsregister Kaufmann. Dem steht auch § 36 HGB. nicht entgegen[4]).

Hat die öffentliche Körperschaft sich zu Unrecht in das Handelsregister eintragen lassen, so gilt sie nach der Rechtscheinstheorie als Kaufmann[5]). Durch die Eintragung kann daher auch die Vermutung, das von der öffentlichen Körperschaft betriebene Unternehmen sei eine öffentliche Anstalt, als wiederlegt gelten[6]).

Die öffentliche Körperschaft ist nur innerhalb ihres Gewerbebetriebs Kaufmann. Denn die Kaufmannseigenschaft ergreift die Rechtspersönlichkeit des Unternehmers nur insoweit, als er für sein handelsgewerbliches Unternehmen tätig ist, also allein für den Kreis der Geschäfte, die den Betrieb des Unternehmens ausmachen[7]).

1) J. v. Gierke, S. 44; Koenige, S. 92.
2) Hatschek, a.a.O., S. 44.
3) Sigloch, a.a.O., S. 47; Düringer-Hachenburg, a.a.O., S. 152, 380; J. v. Gierke, S. 45.
4) Sigloch, a.a.O., S. 47; Koenige, a.a.O., S. 92.
5) Neiße, a,a.O., S. 35.
6) Mayer, G., a.a.O., S. 35.
7) Staub, a.a.O., S. 252; Wieland, S. 87/8.

C. Besonderer Teil.

Gemeinde und Gemeindeunternehmen.

Die Manigfaltigkeit der Organisationsformen öffentlicher Unternehmungen macht sich besonders stark bei den Unternehmungen der Gemeinden bemerkbar, während bei Reich und Ländern die Form der öffentlichen Anstalt vorherrscht. Der Grund hierfür dürfte in der verhältnismäßig kurzen Dauer des Bestehens der Selbstverwaltung gegenüber der jahrhundertealten Tradition der Länder und des aus ihnen entwachsenen (zweiten) Reiches zu suchen sein. Hinzu kommt, daß die Gemeinden infolge ihrer geringen Finanzkraft weit mehr den wirtschaftlichen Schwankungen ausgesetzt sind, als Reich und Länder. Auch dieser Umstand muß sich naturgemäß in irgend einer Weise bei der Wahl der Formen der Gemeindeunternehmen bemerkbar machen.

1. Entwicklung der deutschen Gemeindewirtschaft.

Die deutschen Gemeinden haben schon sehr früh damit angefangen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben. Es war von jeher Aufgabe der Gemeindeverwaltung, für die Wohlfahrt ihrer Einwohner Sorge zu tragen. Diese Aufgabe bewirkte, daß sich die Gemeinden nicht nur auf die bloße Verwaltung beschränken konnten, sondern daß sie auch auf wirtschaftlichem Gebiet tätig sein mußten, um die Einwohnerschaft mit notwendigem Bedarf versorgen zu können. Die Versorgungswirtschaft wurde daher von den Gemeinden stets gepflegt, und in ihr haben sie große Erfolge erzielt [1]). Es lag jedoch im Zuge der Entwicklung dieser wirtschaftlichen Betätigung, das die Gemeinden auch auf sonstigen bisher der Privatwirtschaft vorbehaltenen Gebieten tätig wurden. Grund hierfür war vor allem die Tatsache, daß die Wirtschaftsbetriebe nicht unbeträchtliche Gewinne abwarfen und die Gemeindefinanzen erheblich verbesserten.

1) Amtl. Begr. zu § 69 DGO.

Hieraus ist es auch zu verstehen, daß in Zeiten finanzieller Not die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden enorm anschwellen mußte. So brachte der Krieg und seine Nachwirkungen eine nie gekannte wirtschaftliche Tätigkeit der mit Geldschwierigkeiten ringenden Gemeinden[1]) (Vgl. Einl. S. 2). Sie vergrößerten die Zahl ihrer wirtschaftlichen Betriebe um ein beträchtliches und steigerten die Einnahmen aus schon bestehenden notwendigsten Versorgungsbetrieben, z. B. Wasserwerken, um möglichst ausreichende Einnahmequellen zu haben[2]).

Diese aufgeblähte Nachkriegswirtschaft der Gemeinden hatte bald eine große Gegnerschaft gegen sich. Man sprach von „kalter Sozialisierung" und erklärte es für eine Unmöglichkeit, daß öffentliche Körperschaften mit Hilfe der ihnen zu Gebote stehenden Steuereinnahmen den privaten Wirtschaftsunternehmen in überlegener Weise Konkurrenz machten. Eine Gemeindewirtschaft nur um der Gewinne willen widersprach ja auch in krassester Weise dem Selbstverwaltungsgedanken und raubte der Gemeinde jedes hoheitliche und politische Ansehen[3]). Nicht mit Unrecht bezeichnet Köttgen[4]) die Gemeinden in ihrer damaligen Grundhaltung als bloße wirtschaftliche Einheit, als Wirtschaftsgenossenschaft, deren primäre Aufgabe darin bestand, diejenigen Leistungen zu vollbringen, die über die wirtschaftliche Fähigkeit der einzelnen Genossen hinausgingen.

2. Staatliche Eingriffe.

Um allzu starken Uebergriffen zu steuern und um die Mißerfolge zu vermindern, die infolge der Unbeholfenheit der Beamtenschaft auf wirtschaftlichem Gebiete

---

1) Hoffmann, a.a.O., S. 51/2; Stadelmayer, a.a.O., S. 1, 2.

2) Will, Gemeinde und Gemeindebetrieb in privater Rechtsform, Seite 5.

3) Hedemann, in JW. 1930, II, S. 2290, (Kritik Siglochs); Hofmann, a.a.O., S. 54; G. Mayer, a.a.O., S. 9.

4) Köttgen, a.a.O., S. 40, 41.

eintraten, griff der Gesetzgeber ein[1]). Im Kap. VIII Teil V der dritten VO. des Reichspräsidenten vom 6. Okt. 1931 wurde versucht, durch regelmäßige Prüfungen der gemeindlichen Wirtschaftsbetriebe auf einen Abbau solcher Betriebe hinzuwirken, die nicht durch den öffentlichen Zweck gemeindlicher Wirtschaftsführung gerechtfertigt waren, und die darnach als unzulässige Konkurrenz mit der Privatwirtschaft erschienen[2]).

Der preuß. Minister des Innern fühlte sich trotz dieser Verordnung im Jahre 1933 zu einem Rundschreiben an die Gemeinden veranlaßt, in dem er der Erwartung Ausdruck gab, daß die Gemeinden und Gemeindeverbände insbesondere im Interesse des gewerblichen Mittelstandes von jeder Einrichtung neuer wirtschaftlicher Betriebe oder der Uebernahme neuer Betriebszweige durch bestehende Betriebe Abstand nehmen würden.

Das preuß. Gemeindefinanzgesetz vom 15. 12. 33 sieht Richtlinien vor, durch die eine allzu große Ausdehnung der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung verhindert werden soll. Die DGO. endlich hat in § 67 grundsätzlich zu der Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden Stellung genommen. Die Errichtung oder Erweiterung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen ist regelmäßig nur zulässig, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinden und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Das Betreiben eines Unternehmens in bloßem Gewinninteresse ist damit untersagt. Der öffentliche Zweck muß überwiegen. Dieser Zweck wird immer dann verfolgt, wenn dringende Bedürfnisse der Gemeindeangehörigen befriedigt werden müssen. Das dringende Bedürf-

1) Pfundtner-Neubert, Das neue Reichsrecht, Ie 2. Anm. 1 zu § 67 DGO.

2) Amtl. Begründung nach § 67 DGO.

nis ist nach allgemeiner Verkehrsanschauung im Einklang mit dem Kulturstand des deutschen Volkes zu bemessen. (Vgl. Surén-Lochelder, a. a. O. S. 233). Daß neben dem öffentlichen Zweck auch Gewinnabsicht vorhanden ist, schadet nichts, sondern wird nach § 72 DGO. sogar gefordert. Eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ist also im nationalsozialistischen Staate nicht ausgeschlossen.

Allerdings nimmt die Staatsführung das Recht der Kontrolle stärker als bisher für sich in Anspruch[1]). Auf Grund des § 68 DGO. ist der Aufsichtsbehörde von der Errichtung und Erweiterung von Gemeindewirtschaftsunternehmungen Nachricht zu geben.

Von diesen Bestimmungen werden nach Abs. 2 des § 67 DGO. folgende Betriebe nicht betroffen:

1. Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Unterrichts, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege.

Diese Betriebe gelten nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des 2. Abschnitts des 6. Teils der DGO. und unterfallen demzufolge nicht diesem Abschnitt. Der Grund für diese Regelung ist, daß bei derartigen Unternehmen stets ein überwiegender öffentlicher Zweck gegeben ist, und ihrer Entwicklung keine Schwierigkeiten in den Weg gelegt werden sollen[2]).

3. Gemeindewirtschaftsunternehmen.

Das Gesetz hat eine Bestimmung des Begriffes „wirtschaftliches Unternehmen“ nicht gegeben[3]). Vor allem ist aus dem Gesetz keineswegs zu entnehmen, daß wirtschaftliche Unternehmen nur in Privatrechtsform betrieben werden könnten. Es ist für die Anwendung des zwei-

1) Stadelmayer, a.a.O., S. 2.

2) Mayer, G., a.a.O., S. 6; Surén-Lochelder, a.a.O., S. 233.

3) Köttgen, D. Verwaltung, S. 37; G. Mayer, a.a.O., Seite 5; Pfundtner-Neubert, a.a.O., Anm. 2 zu § 67.

ten Abschnitts des 6. Teils der DGO. (§§ 67-75) ohne Bedeutung, ob das Unternehmen zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich betrieben wird, ob es selbständig oder unselbständig ist[1]). Aus den §§ 67ff. DGO. kann daher auch nichts für die Kaufmannseigenschaft einer Gemeinde oder eines Gemeindebetriebes entnommen werden.

Besonders das Erfordernis des öffentlichen Zweckes, das im übrigen nur für noch zu errichtende, nicht aber für schon bestehende Unternehmen gegeben ist[2]), steht der privatrechtlichen Betreibung des Unternehmens nicht entgegen; denn wie oben schon ausgeführt wurde, ist der öffentliche Zweck nicht ausschließliches Merkmal eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens (öffentliche Anstalt). Vielmehr können auch Privatunternehmen im öffentlichen Interesse betrieben werden. Nur der überwiegende Zweck der ja im § 67 DGO. nicht gefordert wird kennzeichnet die öffentliche Anstalt.

Ebensowenig steht aber § 72 DGO. in dem gefordert wird, daß das Unternehmen einen Ertrag, einen Gewinn abwerfen soll, einem Wirtschaftsbetriebe in Form einer öffentlichen Anstalt entgegen. Denn es ist schon oben gezeigt worden, daß auch bei Anstaltsbetrieben eine Gewinnabsicht bestehen kann.

Daß die in § 67 DGO., Abs. 2, angeführten Betriebe nicht dem § 72 DGO. unterworfen sind, stempelt sie nicht zur öffentlichen Anstalt, weil ihnen die Gewinnabsicht nicht verwehrt ist.

Da also die DGO. keinen Anhaltspunkt für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft der Gemeinde enthält, so ist die Prüfung an Hand der allgemeinen Grundsätze, wie sie oben festgestellt worden sind, auszuführen.

4. Kaufmannseigenschaft der Gemeinden.

Ein Gemeindeunternehmen verschafft der Gemeinde nur dann Kaufmannseigenschaft, wenn es sich um ein unselbständiges Unternehmen handelt, d. h. wenn das Unter-

1) Pfundtner-Neubert, a.a.O.
2) Ebenda.

nehmen keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Ist ein unselbständiges Unternehmen gegeben, und kann aus der Rechtsordnung des Unternehmens entnommen werden, daß es mit den Benutzern privatrechtlich verkehren will, so ist die Gemeinde grundsätzlich Kaufmann. Denn die für den Kaufmannsbegriff erforderliche Gewinnerzielungsabsicht wird den Betrieben nach § 72 DGO. gesetzlich vorgeschrieben, und gehört demzufolge zur inneren Ordnung des Unternehmens. Die Vermutung spricht also für Gewinnabsicht. Trotzdem ist in zweifelhaften Fällen diese Absicht zu prüfen. Denn nach § 72, II ist es zulässig, daß die Gemeinde nur die Unterhaltungskosten des Betriebes, nicht aber diese übersteigende Einnahmen herauswirtschaftet. Jedoch muß § 72 Abs. 2 DGO. als Ausnahme betrachtet werden. Bei den Betrieben des § 67 Abs. 2, für die § 72 nicht gilt, ist stets im Einzelfalle zu prüfen, ob sie in Gewinnabsicht betrieben werden. Nach § 67 Abs. 2 ist diese Absicht für diese Betriebe nicht ausgeschlossen.

Selbstverständliche Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft ist weiterhin, wie schon oben ausgeführt, der Rechtsverkehr mit Dritten. Deshalb gelten Stadtgärtnereien z. B. nicht als kaufmännische Betriebe [1]). Unerheblich ist, ob der Betrieb als öffentliche Anstalt oder als öffentliches Gewerbeunternehmen geführt wird, wenn eine privatrechtliche Nutzungsordnung besteht. Denn, wie oben gezeigt wurde, besitzen auch öffentliche Anstalten Kaufmannseigenschaft und können der Gemeinde Kaufmannseigenschaft verleihen [2]).

Läßt sich eine privatrechtliche Nutzungsordnung nicht feststellen, dann ist nach den oben für die öffentlichen Körperschaften allgemein gegebenen Regeln zu prüfen, ob das Unternehmen als öffentliche Anstalt oder als Regiebetrieb aufgezogen ist und darnach die Rechtsnatur des Außenverhältnisses zu bestimmen.

Betont sei nochmals, daß von allen Gemeindeunter-

1) Helmreich-Roch, Die deutsche Gemeindeordnung, S. 83.
2) A. A.: Petz, a.a.O., S. 41.

nehmungen nach allgemeiner Rechtsanschauung nur die Schulen und — in letzter Zeit — auch die Sparkassen- als öffentliche Anstalten angesehen werden. Bei allen anderen Unternehmungen, wie Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke, Kanalisationsanlagen, Schlachthäusern usw. ist die allgemeine Rechtsanschauung noch zu keiner festen Stellungnahme gelangt. Bei diesen Unternehmungen muß deshalb nach den allgemeinen Regeln stets festgestellt werden, zu welcher Unternehmensform sie gehören[1]).

Besonders eingegangen sei noch auf Anschluß- und Benutzungszwang, die für die Gemeindeunternehmen in § 18 DGO. geregelt sind.

Die Einrichtungen, bei den gemäß § 18 DGO. Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet werden kann, werden von Koellreutter[2]) im Gegensatz zu den Unternehmungen des § 67 gestellt, weil bei ihnen stets eine öffentliche Widmung vorhanden sei, sodaß sie nicht auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage betrieben werden können. Dieser Ansicht kann nicht in allen Punkten gefolgt werden.

Ist der Anschluß- und Benutzungszwang nicht angeordnet, so unterscheiden sich die Einrichtungen des § 18 DGO. in nichts von den sonstigen Gemeindeunternehmungen. Jedenfalls ist aus dem Gesetz nichts anderes zu entnehmen, und auch sonst wird zwischen diesen Einrichtungen von den sonstigen Unternehmen nicht unterschieden. Schon oben ist darauf hingewiesen worden, daß sie auch von Privatunternehmern betrieben werden können, sodaß über die Rechtsform nichts ausgesagt werden kann.

Ist Benutzungszwang angeordnet, so besteht von nun an ein öffentlich-rechtliches Außenverhältnis[3]). Hier ist das Unternehmen öffentliche Anstalt und unterscheidet sich insofern von dem Unternehmen des § 67 die in Privatrechtsform betrieben werden können. Der Anstaltszwang

1) Neitzke, a.a.O., S. 27f.; Schmeller, a.a.O., S. 70ff.
2) Koellreutter, a.a.O., S. 122/123.
3) Vgl. S. 42ff. d. Arb.

dagegen ändert nichts an der Rechtsform des Unternehmens[1]).

Koellreutter hat also nur insoweit Recht als die Einrichtungen sich bei angeordnetem Benutzungszwang von den Unternehmen des § 67 DGO. dadurch unterscheiden, als bei letzteren die Freiheit der Unternehmensform besteht, die bei den ersteren wegfällt.

3. Kaufmannseigenschaft selbständiger Gemeindeunternehmen.

Bei den selbständigen Gemeindeunternehmen ist wiederum zwischen Anstalt und Gewerbeunternehmen zu unterscheiden.

a) Anstalten (Sparkassen).

Selbständige Gemeindeanstalten gab es im Anfang nicht[2]). Jedoch haben die Sparkassen, die stets in Form öffentlicher Anstalten betrieben werden, auf Grund § 2 Art. I des I. Kap. des 5. Teils der VO. vom 6. 10. 1931 (RGBl. I S. 537, 554) Rechtsfähigkeit erlangt[3]). Auch vor dieser Bestimmung gab es schon hie und da öffentliche Sparkassen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Denn durch diese Rechtsform gelang die Aussonderung des für besondere Zwecke bereitgestellten Sondervermögens aus dem allgemeinen Gemeindevermögen.

Die DGO. verbietet zwar den Gemeinden das Betreiben von Banken, untersagt ihnen aber nicht, Sparkassen zu unterhalten[4]). Die Unterscheidung beider Geldinstitute ist heute nicht mehr leicht, da Banken Sparkassengeschäfte und Sparkassen Bankgeschäfte betreiben. Jedoch wird hier die überwiegende Tendenz zu dem einen oder anderen Geschäftskreis genügend Aufschluß über die Natur des Unternehmens geben.

Die Kaufmannseigenschaft der Sparkassen dürfte

1) Vgl. S. 43ff. d. Arb.

2) Surén-Lochelder, a.a.O., S. 223.

3) Köttgen, D. Verw., S. 76; Sigloch, a.a.O., S. 171; Stadelmayer, a.a.O., S. 81.

4) Kerrl-Weidemann, a.a.O., S. 479.

heute mehr kaum anzuzweifeln sein[1]). Gegen sie spricht, daß die Sparkassen ihrer Natur nach ohne Gewinnabsicht betrieben werden müßten, da ihre Aufgabe eigentlich nur darin besteht, die Einwohner zum Sparen anzuhalten, den Sparsinn zu fördern und so der allgemeinen Wohlfahrt zu dienen. Zwar mußten die Spareinlagen stets gegen Gewinn ausgeliehen werden, um den Sparern eine Verzinsung geben zu können, jedoch ist der ursprüngliche Sinn der Sparkasse, daß der hierbei erzielte Gewinn nicht größer ist, als dies zum Aufbringen der Zinsen und zum Unterhalten des Betriebes nötig ist. Man ging aber bald dazu über, den Gemeinden durch die mit den Sparkassengeschäften notwendig verbundenen Bankgeschäfte einen über die Unterhaltungskosten und Verzinsungen hinausgehenden Gewinn zu verschaffen. Dieses Gewinnstreben dürfte heute ausnahmslos in allen deutschen Sparkassen vorhanden sein[2]). Demnach ist die öffentliche Sparkasse stets Gewerbebetrieb, und gemöß § 1 Abs. 2 Ziff. 4 HGB. Kaufmann kraft Gewerbebetriebes.

Da sie als selbständiges Unternehmen nicht Gemeindeunternehmen im Sinne des § 36 HGB. ist, kommt ihr diese Bestimmung nicht zugute und sie ist daher gemäß § 29 HGB. verpflichtet, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen[3]).

b) Gewerbeunternehmen (Handelsgesellschaften).

Selbständige Gewerbeunternehmen werden von den Gemeinden in Form von Handelsgesellschaften betrieben. Königsberg war 1919 die erste Gemeinde, die eine Straßenbahn als Handelsgesellschaft eröffnete[4]). Heute wird nach § 75 DGO. die Errichtung einer solchen Gesellschaft oder die Umwandlung in eine solche von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht, und so der uner-

1) Stadelmayer, a.a.O., S. 89/90.

2) Weber, a.a.O., S. 15, 17, 18; Neipke, a.a.O., S. 29; Stadelmayer, a.a.O., S. 85; vgl. auch RGZ. 116/229.

3) Vgl. oben a. A.: Stadelmayer, a.a.O., S. 90,

4) Sigloch, a.a.O., S. 106.

wünschten Abwanderung der öffentlichen Verwaltung in privatrechtliche Organisationformen ein Riegel vorgeschoben [1]). Ohne Genehmigung ist die Errichtung und Umwandlung gemäß § 104 DGO. rechtsunwirksam [2]).

Die noch bestehenden selbständigen Privatunternehmen der Gemeinden haben gemäß § 6 HGB. die Kaufmannseigenschaft kraft Organisationsform erworben [3])

c) Gemischtwirtschaftliche Unternehmung.

Die Gemeinden können sich auch wirtschaftlich betätigen, ohne selbst ein Unternehmen zu errichten, indem sie sich an einem privaten Wirtschaftsunternehmen beteiligen. Man spricht hier von gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. Die Beteiligung ist nach § 69 DGO. genehmigungspflichtig.

Sie hat keinerlei Einfluß auf die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft der Unternehmung, die nach allgemeinen Grundsätzen des HGB. festzustellen ist. Die Gemeinde ist lediglich als Aktionär, Gesellschafter, Kommanditist oder stiller Teilhaber wie jeder andere Privatmann beteiligt. Eine solche Beteiligung kann die Rechtsnatur des Unternehmens nicht beeinflussen.

Es besteht auch die Möglichkeit, daß die Gemeinde mit anderen öffentlichen Körperschaften gemeinsam eine Handelsgesellschaft unterhält. Auch für diese Beteiligung findet § 69 DGO. Anwendung [4]).

Hier erwirbt das Unternehmen genau so wie die von einer Gemeinde allein betriebene Handelsgesellschaft gemäß § 6 HGB. die Kaufmannseigenschaft kraft Organisationsform.

---

1) Köttgen, Die Entwicklung des öffentl. Rechts in Preußen, Seite 515.

2) Surén-Lochelder, a.a.O., S. 235.

3) Düringer-Hachenburg, a.a.O., S. 226; Sigloch, a.a.O., S. 124.

4) Helmreich-Roch, a.a.O., S. 83.